



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CONSECUENCIAS DE UN DESPIDO INEXISTENTE A UN
EMPLEADO DE CONFIANZA DEL SECTOR PÚBLICO
SUJETO AL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Luis Alejandro Díaz Castañeda

Asesor:

Dr. Javier Arturo Reyes Guerra

Trujillo – Perú

2016

APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el Bachiller **Luis Alejandro Díaz Castañeda**, denominada:

“CONSECUENCIAS DE UN DESPIDO INEXISTENTE A UN EMPLEADO DE CONFIANZA DEL SECTOR PÚBLICO SUJETO AL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD PRIVADA”

Dr. Javier Arturo Reyes Guerra

Dr. Gustavo Vicuña Gonzales

**JURADO
PRESIDENTE**

Dr. Jorge Felipe De La Rosa Gonzales

Otoya
JURADO

Dr. José Antonio Rodríguez Viera

JURADO

DEDICATORIA

“Pon en manos del Señor todas tus obras y tus proyectos se cumplirán”

(Proverbios 16:3)

AGRADECIMIENTO

*A Dios, mi único sendero.
A mis padres por su amor incondicional y a todas las personas que fueron parte
del desarrollo de este trabajo.*

INDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DE LA TESIS	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
INDICE DE CONTENIDOS	5
RESUMEN.....	9
ABSTRACT	10
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.	11
1.1. Realidad problemática.....	11
1.2. Formulación del problema.....	15
1.3. Justificación	16
1.4. Limitaciones.....	16
1.5. Objetivos.....	17
1.5.1. <i>Objetivo General</i>	17
1.5.2. <i>Objetivos Específicos</i>	17
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO.....	18
2.1. Antecedentes.....	18
2.2. Bases Teóricas	21
PRIMERA PARTE: ASPECTOS GENERALES: PRINCIPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO Y EL ESTADO COMO EMPLEADOR.....	22
I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE TRABAJO:.....	23
1.1. Surgimiento del Derecho de trabajo.....	23
1.2. Principios del derecho de trabajo.....	24
1.2.1. <i>Principio protector:</i>	27
1.2.2. <i>Principio de irrenunciabilidad</i>	34
1.2.3. <i>Principio de Primacía de la realidad</i>	38
1.2.3.2. <i>Nociones generales</i>	41
1.2.3.3. <i>Función antifraude</i>	43
1.2.4. <i>Principio de buena fe</i>	45
1.2.5. <i>Principio de continuidad</i>	49
1.2.6. <i>Principio de igualdad de oportunidades y no discriminación</i>	51
1.2.7. <i>Principio de razonabilidad</i>	54
II. EL ESTADO COMO EMPLEADOR	56
2.1. Breve referencia sobre el contrato de trabajo.....	56
2.1.1. <i>Elementos esenciales del contrato de trabajo</i>	58
2.2. El Estado en el marco jurídico-laboral.....	61

2.3.	Regímenes laborales generales en el Sector Público	63
2.3.1.	<i>Regímenes laborales en la Constitución</i>	63
2.3.2.	<i>Ley Marco del Empleo Público</i>	64
2.3.3.	<i>Clasificación de acuerdo al régimen laboral.</i>	66
2.3.4.	<i>Ley N° 30057- Ley del Servicio Civil</i>	68

SEGUNDA PARTE: TRABAJADORES DE CONFIANZA EN EL PERÚ: AMBITO PRIVADO Y PÚBLICO70

I.	EMPLEADOS DE DIRECCIÓN Y TRABAJADORES DE CONFIANZA.....	71
1.2.	Consideraciones generales	71
1.3.	Naturaleza jurídica del personal de Dirección y trabajador de confianza	72
1.3.1.	<i>De acuerdo a la doctrina</i>	73
1.4.	Trabajadores de Dirección	75
1.4.1.	<i>Definición</i>	75
1.4.2.	<i>Regulación normativa</i>	77
1.5.	Trabajadores de confianza	79
1.5.1.	<i>Definición</i>	79
1.5.2.	<i>Regulación normativa</i>	80
1.6.	Características de los empleados de dirección y trabajadores de confianza.....	82
1.7.	Calificación del puesto de confianza.....	83
1.8.	Derechos de los empleados de dirección y trabajadores de confianza	86
1.8.1.	<i>Periodo de prueba</i>	87
1.8.2.	<i>Descanso vacacional</i>	88
1.8.3.	<i>Jornada máxima de trabajo</i>	89
1.8.4.	<i>Registro de asistencia</i>	90
1.9.	Sobre la diferencia del trabajador de dirección y de confianza	91
II.	Empleados de confianza en el Sector Público.....	94
2.1.	Nociones generales.....	94
2.2.	Marco legal general aplicable a los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción	95
2.2.1.	<i>La Constitución Política del Perú</i>	95
2.3.5.	<i>Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público</i>	96
2.3.6.	<i>La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su reglamento</i>	97
2.3.7.	<i>Designación de funcionarios en entidades públicas pertenecientes al Poder Ejecutivo</i>	98
2.3.8.	<i>Remoción de funcionarios de entidades públicas pertenecientes al Poder Ejecutivo</i>	98
2.4.	Esquema de gestión administrativa en la designación y remoción de funcionarios en cargos de confianza.....	99
2.4.1.	<i>Potestad del titular de la entidad para la designación de funcionarios públicos en cargos de confianza</i>	99
2.4.2.	<i>Deberes y derechos del funcionario designado</i>	100
2.4.3.	<i>Remoción del funcionario público</i>	101
2.5.	Funcionarios de confianza de acuerdo a la opinión de SERVIR.....	102
2.6.	Diferencia entre los trabajadores de confianza del Sector Público y del Sector Privado ..	104

TERCERA PARTE: EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO Y FRAUDE A LA LEY EN MATERIA LABORAL	109
I. RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO	110
1.1. Supuestos válidos de extinción que no generan indemnización	110
1.1.1. <i>Renuncia</i>	110
1.1.2. <i>Jubilación</i>	112
1.1.3. <i>Por incapacidad o inhabilitación</i>	112
1.1.4. <i>Mutuo Disenso</i>	113
1.1.5. <i>Despido por causa justa</i>	116
1.2. Supuestos de extinción que generan indemnización	117
1.2.1. <i>El Despido arbitrario</i>	117
II. SOBRE EL FRAUDE A LA LEY	119
2.1. Aspectos generales:	119
2.2. Comparación con otros institutos:	120
2.3. Naturaleza jurídica:	120
2.4. Modos de usar un negocio jurídico para eludir una ley:	121
2.5. Jurisprudencia sobre el fraude a la ley:	123
III. FRAUDE EN EL DERECHO LABORAL:	125
3.1. Consideraciones generales	125
3.2. Desnaturalización, fraude y simulación:	125
3.3. Nulidad del contrato de trabajo	127
3.3.1. <i>La simulación absoluta</i>	128
3.4. Vicios de la voluntad en materia laboral	129
CUARTA PARTE: EL RETIRO DE CONFIANZA COMO FORMA DE DESPIDO Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL	131
I. REGIMEN DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO	132
1.1. Aspectos generales	132
1.2. El despido del trabajador de dirección o de confianza en el Perú	133
1.3. El retiro de confianza, ¿Causa justa de despido?	134
1.4. La pérdida de la confianza: Vulneración de derechos constitucionales	134
II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL RETIRO DE CONFIANZA COMO FORMA DE DESPIDO	135
2.1. Criterio adoptado por el Tribunal Constitucional	135
2.2. Sobre el derecho del trabajador de confianza a la reposición	136
2.3. El debido proceso en el despido de un trabajador de dirección o de confianza	136
2.4. Reposición del trabajador promovido	137
2.3. Definición de términos básicos.	139
2.3.1. <i>Entidad Pública</i>	139
2.3.2. <i>Indemnización por despido arbitrario</i>	139
2.3.3. <i>Trabajador de confianza en el Sector privado</i>	139
2.3.4. <i>Empleado de confianza en el Sector Público</i>	140
2.3.5. <i>Régimen laboral privado</i>	140

2.3.6.	<i>Retiro de confianza.....</i>	140
2.3.7.	<i>Extinción de contrato laboral por mutuo disenso</i>	141
2.3.8.	<i>Fraude a la ley.....</i>	141
2.3.9.	<i>Fraude Laboral.....</i>	141
CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS.....		142
3.1.	Formulación de la hipótesis.....	142
3.2.	Operacionalización de variables.....	142
CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS.....		144
4.1.	Tipo de diseño de investigación.....	144
4.2.	Material de estudio.....	144
4.2.1.	<i>Unidad de estudio.....</i>	144
4.2.2.	<i>Población</i>	144
4.2.3.	<i>Muestra.....</i>	145
4.3.	Técnicas, procedimientos e instrumentos.....	145
4.3.1.	<i>Para recolectar datos.....</i>	145
4.3.2.	<i>Para analizar información.....</i>	147
CAPÍTULO 5. RESULTADOS.....		149
5.1.	ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES	149
5.2.	CONTENIDO ESENCIAL SOBRE EMPLEADOS DE CONFIANZA.....	152
5.3.	EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO DISENSO Y SU IMPLICANCIA COMO FORMA DE FRAUDE LABORAL.....	156
5.4.	CRITERIO ADOPTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	161
5.5.	RESPECTO AL INFORME ESPECIAL N° 007-2012-424/OCI	165
CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN		167
6.1.	ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES: PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD Y BUENA FE LABORAL.....	167
6.2.	CONTENIDO ESENCIAL SOBRE EMPLEADOS DE CONFIANZA.....	171
6.3.	EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO DISENSO Y SU IMPLICANCIA COMO FORMA DE FRAUDE LABORAL.....	176
6.4.	EL RETIRO DE CONFIANZA COMO FORMA DE DESPIDO Y CRITERIO ADOPTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	182
6.5.	SOBRE EL INFORME ESPECIAL REALIZADO POR EL OCI AL SATT	184
CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES		187
CAPÍTULO 8. RECOMENDACIONES		189
REFERENCIAS		190
ANEXOS		194

RESUMEN

En la última década, el derecho laboral peruano ha sufrido una importante transformación como consecuencia de la labor del Tribunal Constitucional. Se ha dado una reforma o reestructuración respecto a la eficacia de los efectos del despido, la constitucionalidad de determinados regímenes especiales, entre otros asuntos de relevancia. Tanto el Supremo Intérprete de la Constitución como la Corte Suprema de Justicia del Perú han emitido jurisprudencia vinculante referida a la estabilidad laboral de los empleados de confianza, señalando de forma genérica que les alcanza la estabilidad laboral relativa, más no la absoluta, representada por la reposición en el cargo. Así pues, en el desarrollo de la presente investigación se tratará de explicar cómo estos pronunciamientos jurisprudenciales y sus efectos, son aprovechados por servidores y funcionarios públicos a fin de obtener un beneficio económico proveniente de un fraude a la ley.

Esta investigación se desarrolló metodológicamente en tres partes: i) El desarrollo de la problemática y planteamiento de los objetivos que ayudaron a arribar a conclusiones precisas; ii) El análisis de la información obtenida luego de la aplicación de instrumentos y; iii) Finalmente, la obtención de resultados que permitieron ser materia de discusión, para así reforzar nuestra hipótesis planteada en la investigación.

Este estudio es innovador, ya que no solamente se pretendió analizar criterios teóricos, sino que se buscó, mediante casos y entrevistas a distinguidos laboristas del medio nacional, demostrar que los órganos de la administración pública son operadores ajenos al respeto y aplicación del principio de buena fe laboral y el respeto hacia un código deontológico profesional.

ABSTRACT

In the last decade, the Peruvian labor law has made a major transformation as a result of the work of the Constitutional Court. There has been a reform or restructuring regarding the efficacy of the effects of dismissal, the constitutionality of certain special regimes, among other matters of relevance. Both the supreme interpreter of the Constitution and the Supreme Court of Peru have issued binding case law relating to the job security of union employees, pointing generically reaching them relative stability, but not absolute, represented by replenishing in office. Then, in the development of this research will attempt to explain how these judicial pronouncements and their effects, are used by servants and public officials in order to obtain an economic benefit from fraud to law.

This research was conducted methodologically into three parts: i) The development of the problem and approach the goals that helped arrive at accurate conclusions; ii) Analysis of the information obtained after the application of instruments; iii) Finally, obtaining results that allowed be the subject of discussion, in order to reinforce our research hypothesis.

This study is innovative because it not only tried to analyze theoretical criteria but, they look through cases and interviews with distinguished Peruvians labor lawyers, to show that public administration are operators despite the respect and the principle of good labor faith and respect a professional code of ethics.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Realidad problemática

En la actualidad muchos son los temas controvertidos dentro de nuestra realidad jurídica laboral que aún no han sido regulados de manera eficaz por la legislación peruana. La situación se agrava aún más, pues, sabemos que los criterios tanto de los legisladores, intérpretes de la Constitución y operadores de justicia, varían constantemente.

En esa línea, un tema controvertido en nuestro ordenamiento jurídico laboral es el de los trabajadores de dirección y de confianza, lo que se debe a las diferentes características que distinguen a esta categoría especial de los trabajadores ordinarios o comunes, siendo una de estas diferencias la protección contra el despido arbitrario, el cual reviste gran complejidad por su confusa regulación normativa y, además, porque la jurisprudencia ha emitido criterios bastante peculiares al respecto.

Resulta de gran importancia señalar, que el término “empleado de confianza” no sólo ha sido reconocido en el sector Privado a través del artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), sino también en el sector Público, el cual es reconocido y definido en el punto 2, del artículo 4° de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175.

Partiendo de estos antecedentes normativos, tenemos pues, que el tratamiento de los empleados de confianza no sólo se subsume a una simple definición dada en una norma, sino conlleva todo un cargamento de fundamentos teóricos que ha dado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional. Por tanto, se concluye que el reconocimiento de los derechos laborales de los cuales gozan esta categoría de trabajadores se acomoda al firme cumplimiento de los principios constitucionales laborales que, un

trabajador ordinario adquiere, salvo las excepciones que en definitiva deben existir.

Como bien sabemos, toda relación laboral perteneciente al sector privado, se encuentra dentro de los alcances del régimen laboral de la actividad privada (D.L. N° 728) ya sean trabajadores ordinarios o de confianza (comprende personal de dirección y de confianza). Sin embargo, la situación varía cuando hablamos del tratamiento laboral en el sector público, puesto que, el Estado, como empleador, puede contratar bajo los alcances de regímenes laborales generales, como son, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (D.L. N° 276), Ley de productividad y competitividad laboral (TUO del D.L. N° 728) y el Contrato administrativo de servicios (D.L. N° 1057), o dentro de los alcances de leyes especiales estatales. La situación en particular que analizaremos se refiere a aquellos empleados de confianza del Sector Público que están sujetos al régimen laboral privado.

A lo largo de los años, ha sido la jurisprudencia la que ha logrado darle un tratamiento especial a los trabajadores de confianza, tanto del Sector Público como del Sector Privado, respecto a su estabilidad laboral frente a un despido arbitrario o como bien ha sido definido en términos coloquiales y diplomáticos, como “retiro de confianza”.

El trabajador de confianza al no gozar de una estabilidad laboral absoluta está propenso a ser cesado de sus funciones si así lo requiere su empleador. La contratación de un trabajador de confianza no se basa en un aspecto objetivo sino en un aspecto subjetivo que ha otorgado la legislación peruana al sistema laboral (De Las Casas, 2012). Cabe precisarse que de forma genérica, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han reconocido estabilidad laboral relativa a los trabajadores de confianza mas no estabilidad laboral absoluta, es decir, reposición; sin embargo el mismo órgano constitucional reconoce que en ciertos casos la reposición a un trabajador de

confianza sí debe ser reconocida, todo depende del cargo y sus funciones. Claro está que estos criterios son aplicables a aquellos trabajadores que se encuentran bajo los alcances establecidos por el régimen de la actividad privada, mas no de aquellos que son de carrera, ya que su designación y remoción quedan a total discreción de quien depositó su confianza en él, no procediendo así la indemnización o reposición, así pues, a modo de ejemplo, el presidente de la República puede nombrar y cesar a un ministro y éste no tiene derecho a ser indemnizado o ser repuesto.

En ese sentido, si un empleado de confianza que pertenece al Sector Público y está sujeto al régimen de la actividad privada es cesado de manera arbitraria de su puesto o dicho en otra forma, se le retira la confianza, no gozarán del derecho de reposición a sus funciones anteriores (salvo las atingencias que se han hecho líneas arriba), sino del cobro de una indemnización por despido arbitrario, si y sólo si, la confianza que adquirieron fue de forma directa, ya que, si un trabajador fue promocionado de un determinado cargo éste puede ser repuesto.

A partir de estos criterios emitidos por los colegiados, se originó una problemática bastante preocupante dentro del aparato estatal, debido a la generación de pagos indebidos por concepto de indemnización por despido arbitrario a trabajadores a los cuales se les había retirado la confianza; concretándose la real artimaña, con el previo acuerdo, entre el trabajador y el titular de la entidad pública, para que así, el trabajador al salir de la entidad pública, no se vaya con las manos vacías sino con una fuerte cantidad de dinero, por concepto de un despido arbitrario inexistente. Esta situación se agrava aún más cuando el trabajador, luego de haber hecho cobro de esta suma dineraria, pasa de forma inmediata a otra entidad estatal, también como personal de confianza, obteniendo así, un monto considerable de dinero para sí y continuando siendo el Estado su mismo empleador.

Esta situación ha sido considerada como una de las argucias más grotescas, antiéticas y generadora de fraude a la ley dentro de los órganos estatales de la Administración Pública. Debe tenerse en cuenta que esta práctica no sólo acarrea consigo consecuencias administrativas sino también penales.

El Perú no es ajeno a situaciones referidas a estos cobros indebidos de indemnizaciones por despidos arbitrarios en casos de empleados de confianza. En Essalud se abrió la caja de pandora que ponía al descubierto este mal accionar, siendo uno de los más mediáticos el caso Barrios Ipenza (Salcedo Cuadros, 2010).

En el mes de noviembre del año 2010, fue designado por el gobierno del ex presidente Alan García Pérez como Ministro del interior, el empresario y político Fernando Barrios Ipenza, cabe señalarse que, antes que fuera designado como ministro, el señor Fernando Barrios, se desempeñó en el cargo de Presidente Ejecutivo de EsSalud, entre los años 2006 y 2010, quien a su vez, al recibir el comunicado por parte del ex presidente de la República Alan García, aceptó el cargo de Ministro del Interior, es decir, dio un paso al costado respecto al cargo que ejercía en la entidad estatal de EsSalud. Meses más tarde salió a la luz un informe en el cual se señalaba que el Ministro Fernando Barrios había cobrado un monto aproximado de Noventa mil nuevos soles por concepto de Indemnización por despido arbitrario. Los informes realizados por la Contraloría determinaron que, si bien un trabajador de confianza tiene el derecho a un pago de indemnización por despido arbitrario, Fernando Barrios nunca fue despedido sino de voluntad propia renunció al cargo que desempeñaba en EsSalud para pasar a una cartera Ministerial. Entonces, al no haber existido un despido intempestivo, EsSalud no debió otorgar dicha indemnización al señor Fernando Barrios. Más adelante el ex ministro renunció a su cargo debido a esta controversial situación, así como dos funcionarios más que realizaron la misma coartada para obtener cuantiosas liquidaciones. Luego de constantes indagaciones, se concluyó

que esta práctica es recurrente en la administración pública, mediante la cual se busca generar un aprovechamiento indebido, utilizando la figura del otorgamiento de indemnizaciones por despido arbitrario.

Esta noticia se volvió aún más mediática y escandalosa cuando un informe periodístico del programa “Punto Final” del entonces canal de televisión “Frecuencia Latina” denunció que muchas de las personas que fueron injustamente indemnizadas y que habían pasado a laborar a otras entidades públicas de manera inmediata, estaban de regreso en puestos de confianza en Essalud (Wiener, 2013)

En la ciudad de Trujillo, luego de una investigación por parte de la Oficina de Control Institucional al Servicio de administración tributaria de Trujillo (SATT), se detectó mediante un informe especial que cerca de 19 ex funcionarios de confianza fueron beneficiados con indemnizaciones por concepto de despido arbitrario y pago de beneficios, generando un perjuicio al SATT por un importe total de S/.613 628.77, Soles. Como es lógico, la noticia fue muy mediática y despertó el interés periodístico de algunos diarios de circulación local (Saavedra, 2013).

Hacer un pre-juicio y señalar que estos trabajadores indemnizados cometieron fraude mediante dichas artimañas para ser favorecidos económicamente, sería apresurado; sin embargo, el otorgamiento de indemnizaciones en forma rápida y sin analizar cada situación concreta, genera suspicacia y un perjuicio económico al Estado.

1.2. Formulación del problema

¿De qué manera la decisión de una entidad pública de otorgar una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada, al cual se le ha retirado la confianza, constituye fraude en materia laboral?

1.3. Justificación

Esta justificación debe seguir mínimamente los siguientes criterios:

Justificación Teórica, la presente investigación se sustenta, teóricamente, en el análisis de las consecuencias jurídicas que se generan a partir de la extinción del vínculo laboral entre trabajador y empleador, cuando este último decide retirar la confianza a un empleado del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada.

Justificación Práctica: Desde el punto de vista práctico se busca orientar a una adecuada aplicación de las normas por parte de la Administración Pública, con el fin de que se eviten actos de corrupción en el aparato estatal.

Justificación Valorativa: Este trabajo generaría el desarrollo de nuevos estudios sobre los alcances de la naturaleza jurídica, funciones y procedimiento de despido de los empleados de confianza, tanto en el sector Público como en el Sector Privado, pues si bien existe doctrina sobre este tema, la presente investigación es de suma importancia por su carácter innovador, así como también por su función preventiva, en el sentido que se advierte al Estado sobre las consecuencias que se puedan originar a partir del pago de indemnizaciones por despido arbitrario.

1.4. Limitaciones

Durante el desarrollo de la presente investigación, se ha podido identificar que una de las limitaciones existentes fue el difícil acceso a la información que guardan los órganos estatales respecto al otorgamiento de indemnizaciones hacia aquellos trabajadores a los cuales se les retiró la confianza, la escasez bibliográfica con respecto al desarrollo de la figura del retiro de confianza como forma de despido y la actuación del Estado como empleador.

Cabe resaltar que pese a estas limitaciones, la presente investigación es viable en el sentido en que se enfoca en una realidad problemática latente en nuestro país, la misma que genera detrimento económico en las entidades del Estado.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Determinar de qué manera la decisión de un entidad pública de otorgar una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada, al cual se le ha retirado la confianza, constituye fraude en materia laboral.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Determinar los aspectos fundamentales sobre el principio de primacía de la realidad y buena fe en las relaciones laborales.
- Identificar el contenido esencial de la figura de los empleados de confianza y su tratamiento sobre su libre designación y remoción por retiro de confianza dentro del Sector Privado y Público.
- Desarrollar la figura de la extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso y su implicancia con los alcances del fraude en materia laboral.
- Analizar el criterio establecido por el Tribunal Constitucional referido al retiro de confianza como causa de despido arbitrario.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes.

Nacionales:

- (Beltrán Larco, 2013)
“Problemática de la existencia de Distintos regímenes de contratación de personal en el Estado”.

Tesis realizada por Luisa Pamela Beltrán Larco, para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa con Mención en Gestión Empresarial, Lima, 2013.

En esta investigación se aborda la problemática generada respecto a la existencia de una deficiente regulación en la contratación pública de personal en el Perú, tomándose en cuenta entre todos los regímenes laborales existentes, comprendidos en el D.L. 276, D.L.728 y D.L. 1057; así como el desarrollo y análisis de la Ley 28175-Ley Marco del Empleo Público. Como bien es sabido, la diversidad de regímenes de contratación en el Estado ha generado la implementación de la muy polémica Ley del Servicio Civil, la cual ha pretendido unificar estos regímenes generales, no teniendo gran acogida en los servidores públicos. Este trabajo guarda relación con la presente tesis pues, en ella se desarrollan los principales regímenes generales y en especial el que nos compete, el cual es el régimen de la actividad privada en el Sector Público. El mismo hecho de que dentro de la Administración Pública existan diversos regímenes laborales, significa el desorden y la desorganización dentro de los órganos estatales, y dan pie a que ocurran hechos como el que se está desarrollando en la presente investigación.

- (Concha Valencia, 2014)
“Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional”.
Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa con mención en Gestión Empresarial.

En esta investigación se desarrolla un contenido muy completo sobre la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, así como los derechos que amparan a esta categoría de trabajadores y las polémicas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional a lo largo de la última década. Esta tesis busca determinar si la estabilidad laboral que adquieren los trabajadores de confianza es absoluta o relativa en razón de su naturaleza jurídica. Además esta investigación se centra en el análisis jurisprudencial y de las diferentes normas que regulan el actuar de los trabajadores de confianza en el Sector Público y en el sector privado. La importancia de esta investigación alimenta a la presente tesis pues al haberse realizado un profundo estudio respecto al tema, ayudará a determinar cuándo una indemnización por despido arbitrario procedería y cuándo no, a fin de que no se cometa fraude. Por otro lado este trabajo tiene relación con la presente tesis pues permite comprender el origen de la figura del empleado de confianza, su regulación y al retiro de confianza como forma de despido de un trabajador, además de ello, desarrolla un amplio análisis jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional así como de la Corte Suprema de Justicia.

Internacionales

- (Rodríguez Morales, 2003)
“La indebida ausencia del derecho de compensación a los trabajadores de confianza al servicio del Estado ante un despido injustificado del empleo”.

Investigación realizada por Ricardo Javier Rodríguez Morales, para obtener el grado académico de Magíster en Derecho del Trabajo en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2003.

El autor de esta tesis expone la ausencia de derecho al pago de indemnización por despido injustificado del empleo por parte del Estado a los trabajadores de confianza. Señala además que actualmente, en la realidad jurídica, esta categoría de trabajadores (de confianza) son susceptibles de ser despedido de su trabajo sin tener derecho a exigir el pago de la indemnización correspondiente, siendo que este fenómeno jurídico se vuelve en un fenómeno de discriminación laboral. Esta investigación tiene relación con el presente trabajo pues en él se desarrollan los principales conceptos referidos a la naturaleza jurídica y características de los trabajadores de confianza, asimismo estudia al Estado como empleador de en los órganos pertenecientes al Sector Público.

2.2. Bases Teóricas

Las bases teóricas del presente trabajo están estructuradas en base a cuatro partes: i) Aspectos generales: principios del derecho de trabajo y el Estado como empleador; ii) Trabajadores de confianza en el Perú: ámbito privado y público; iii) El reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario y el fraude en materia laboral; y, iv) El retiro de confianza como forma de despido y su tratamiento jurisprudencial

**PRIMERA PARTE: ASPECTOS
GENERALES: PRINCIPIOS DEL DERECHO
DE TRABAJO Y EL ESTADO COMO
EMPLEADOR**

Este primer capítulo, se divide en dos subcapítulos, en los cuales, de forma secuencial, se va a desarrollar los principios generales del derecho del trabajo, haciendo mayor énfasis en el principio de primacía de la realidad y buena fe; seguido del desarrollo breve del contrato de trabajo y el Estado como empleador.

I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE TRABAJO:

1.1. Surgimiento del Derecho de trabajo

Históricamente, el **derecho laboral** encuentra su génesis en la **Revolución Industrial, en donde** los trabajadores en las fábricas inglesas padecieron el abuso de la burguesía frente al crecimiento de la economía generado por la época. Desde ese momento, los socialistas buscaron la defensa del proletariado de aquellos que manejaban el capital mayoritario; iniciándose así la primera regulación laboral. (Cabieses, 2013).

El jurista Mario de la Cueva, señala que los inicios del derecho de trabajo consta de tres etapas, las cuales fueron evolucionando con el pasar de los años; estas son: La etapa de la prohibición, los países más representativos en esta etapa fueron Francia e Inglaterra; en la primera, mediante la “Ley Chapelier”, por el cual se tipificó la prohibición de toda coalición que pueda existir entre el proletariado y el estado liberal burgués. Por su parte, Inglaterra implementó la “Ley Unlawful Societies Act”, la cual buscó frenar todo tipo de reunión formada por asociaciones de trabajadores que puedan perturbar la “paz pública”. Posteriormente a la etapa de la prohibición surgió la Etapa de la Tolerancia, por la cual desapareció toda reglamentación oficial referida a las

condiciones de trabajo, dándose licitud de la huelga y la posibilidad de contratar de forma colectiva, de esta forma se advierte que el Estado reconoció el interés individual de cada trabajador y de los grupos sociales. Finalmente se alcanza a la Etapa de la Reglamentación, en donde el Estado reconocía los derechos de los trabajadores y buscó reglamentar la existencia legal de las asociaciones, el contrato colectivo de trabajo, así como el reconocimiento de derechos laborales individuales. Bajo este contexto, se entiende que la realidad social sobre la que descansa el Derecho del Trabajo es precisamente el trabajo humano, productivo, libre o por cuenta ajena y nace a partir de la busca de la protección de los derechos que acusaban los trabajadores.

1.2. Principios del derecho de trabajo

El derecho del Trabajo es una rama del derecho que comprende el conjunto de principios teóricos y disposiciones legales que van a regir las relaciones entre empleadores y empleados, las cuales nacen a partir del contrato de trabajo y cuyo contenido se ve revestido por la protección de la clase trabajadora, humanizando el capital y las condiciones de trabajo.

El derecho del Trabajo regula las diferentes relaciones sociales que nacen a partir de la prestación de servicios profesionales, tanto en su aspecto individual como colectivo mediante la adopción de una serie de medidas normativas. El profesor Víctor Anacleto Guerrero, citando al catedrático Alberto José Carro Igelmo señala que “El Derecho del trabajo es el derecho relativo a la prestación de servicios por cuenta y

dependencia ajena, y a la fijación y cumplimiento de las condiciones de dicha prestación” (Anacleto Guerrero, 2012).

Teniendo así un panorama del origen del derecho de trabajo, así como ciertas acepciones doctrinarias, cabe precisar que el derecho laboral es una rama de las ciencias jurídicas que goza de autonomía y que a su vez cumple con la condición de que su objeto o materia social sea relevante, tan necesario como para que se cree para sí un derecho propio. Asimismo, otra condición por la cual se logra determinar la autonomía del derecho de trabajo es que el objeto o materia social sea disciplinada y escoltada por un sistema y cuerpos normativos, principios peculiares y particulares.

Cualquier rama del derecho se rige necesariamente bajo principios, los cuales, de acuerdo a Luis Antonio Burón, se definen como “Aquellos dictados de la razón, admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento” (Cabanellas Torres, 1988). En ese sentido, los principios son aquellos fundamentos bases que sirven para recubrir aquellos vacíos y/o enunciados normativos por los cuales no se logra determinar de manera integral un conflicto en específico.

Es así que los principios del derecho cumplen tres funciones: Primero, una función de dirección, pues son aquellas directrices que van a guiar a los órganos públicos a elaborar una correcta legislación y normatividad especial. Segundo, una función interpretativa, pues como ya se dijo líneas arriba, constituyen de manera relevante en la interpretación de las normas, sobre todo de aquellas en las que la situación en específico no se acomoda a una

realidad determinada. Y por último, una función integradora, pues permite suplir aquellas insuficiencias de la normatividad positivizada. En esa línea, El profesor Humberto A. Podetti, señala que la primera función de los principios, es de política legislativa, ya que se encarga de otorgarle a la ley una eficacia operativa, en tanto estos principios son recogidos entre los derechos sociales constitucionalmente declarados (Podetti, 1991).

El derecho laboral tiene principios como otras ramas del derecho, que vienen a ser normas de alta jerarquía que establecen las bases de las cuales todas las demás leyes tienen que basarse y que van a limitar el actuar del Estado a fin de no perjudicar al trabajador. Los principios son definidos como aquellas pautas generales o directrices que van a inspirar soluciones ante vacíos legales, ya sea en la conformación, interpretación y aplicación de la normatividad.

El derecho del trabajo contiene normas que son directrices y que resuelve e inspiran soluciones en el medio normativo de nuestra legislación. Según señala el profesor Javier Neves Mujica, existen principios para todo tipo de situación en el campo laboral, así pues tenemos principios relacionados al carácter protector del derecho de trabajo; respecto a su interpretación, a fin de salvaguardar los derechos del trabajador (in dubio pro operario); para su aplicación, en donde se toma la norma más favorable o colocando la balanza normativa a través de la condición más beneficiosa (Neves Mujica, 2014).

Entre los principios fundamentales del Derecho De Trabajo, establecidos por nuestra Doctrina, tenemos los siguientes:

1.2.1. Principio protector:

Este principio ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional como el pilar o principio más importante del derecho laboral. Este principio permite diferenciar al derecho del trabajo con el derecho civil, debido a la desigualdad que se presenta en la relación contractual entre empleador y trabajador. En este orden de ideas, se tiene que el derecho laboral tiene una clara vocación de tutela y protección hacia el trabajador, lo que a la postre trae consigo la humanización en las relaciones laborales

Según el profesor Mario Pasco Cosmópolis, aunque los conceptos antes transcritos aborden la cuestión desde su perspectiva sustantiva, lo dicho es plenamente válido y hasta más apropiado para el Derecho procesal dado que las desigualdades, el desequilibrio, la posición preeminente del empleador frente al trabajador propias de la relación de trabajo, se trasladan a la relación jurídico-procesal, donde adquieren nuevas manifestaciones. Dentro de las diferencias que se marcan entre la controversia común y la laboral, acaso la más evidente es la múltiple desigualdad jurídica, económica y probatoria que separa a los contendientes en un litigio de trabajo y que hacen de uno -el empleador- la parte fuerte y del otro -el trabajador- la débil. Cabe precisar que la aplicación del principio protector no puede ser entendida de ninguna manera como la aplicación del entender del juez de manera imparcial. Al trabajador, lo protege la ley, no el juez. (Pasco Cosmópolis, 1994).

Antonio Vásquez Vialard, indica: “En el derecho del trabajo, no es aplicable este principio no es aplicable el criterio según el cual la norma debe tener en cuenta la igualdad jurídica entre las partes. Al contrario, el mismo tiene un carácter tuitivo del empleado a fin de asegurarle una igualdad sustantiva y real, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta el desnivel de su capacidad de negociación. En consecuencia, no rige en el en forma amplia el principio de la autonomía de la voluntad, sino solo en los casos en que se han asegurado cierto límites que constituyen el orden público laboral que impregna casi todas su normas”.

Asimismo, el jurisconsulto uruguayo Américo Plá Rodríguez señala que este principio orienta el Derecho del Trabajo, ya que éste no se inspira en un propósito de igualdad, sino más bien se inclina al amparo preferente del trabajador.

El principio protector se subdivide a su vez en tres reglas fundamentales:

1.2.1.1. In dubio pro operario (La duda favorece al trabajador)

El presente principio o regla, se sustenta en la doctrina laboral, en el derecho comparado y constitucionalmente en nuestra Carta Magna de 1993, específicamente en el Artículo 26°, numeral 3), el cual prescribe lo siguiente: “**Artículo 26°.-** En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) Interpretación favorable al

trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Al igual que en el Derecho penal, con respecto al principio “In dubio pro reo”, los operadores jurídicos (fiscal o agente estatal) deberán favorecer al reo en caso de duda o insuficiencia probatoria. En ese sentido, en el derecho laboral se tiene que este principio señala que frente a las diversas interpretaciones que un operador jurídico le puede dar a una norma, se debe optar por elegir la más conveniente al trabajador.

En ese sentido, es indispensable que los jueces o autoridades competentes apliquen un raciocinio debidamente ponderado así como un criterio objetivo en busca del amparo a la parte más débil, es decir, el trabajador. Esta regla debe ser aplicada en casos de auténtica duda para valorar el verdadero alcance de la norma o de los hechos, escogiendo entre ellos el sentido que más le favorezca al trabajador. No significa ello que pueda ser utilizado para suplir omisiones ni mucho menos para suplir la voluntad del legislador, la ratio legis; o el sentido claro y preciso de la norma; o cuando de los hechos no pueda válidamente aducirse la duda. Por estas razones es relevante que a partir de este principio, no se crea una norma sino se integra las ya existentes a través de la interpretación favorable al operario.

Julio E. Haro Carranza, citando al profesor Marcenaro Frers, sostiene sobre el presente principio que esta duda a la que hace referencia no debe ser cualquier duda, valga la redundancia, sino solamente de aquellas “insalvables”, es decir, que no puedan ser resueltas por los sistemas propios de la hermenéutica. Así pues, se debe tener en claro que la más mínima duda no va a dar pie a la aplicación de este principio, sino debe ser utilizada como último mecanismo de aplicación. (Haro Carranza, 2005)

El Tribunal Constitucional peruano en su Sentencia recaída en el Exp. N° 01512-2012-PA/TC, Voto de los magistrados Beaumont y Eto Cruz, señalan sobre el principio antes referido, lo siguiente:

“(…) conforme se sostiene en doctrina laboral autorizada, el principio “pro operario” “se expresa diciendo que la norma jurídica aplicable a las relaciones de trabajo y de Seguridad Social, en caso de duda en cuanto a su sentido y alcance, debe ser interpretada de la forma que resulte más beneficiosa para el trabajador o beneficiario” (Alonso Olea, 2001), es absolutamente claro que la condición más favorable para el trabajador está representada por la aplicación del artículo 4° del Decreto Supremo 003-97-TR y con ello la presunción de existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.” (Sentencia Tribunal Constitucional, 2012).

1.2.1.2. La regla de la norma más favorable al trabajador

El presente principio indica que frente a la existencia de varias normas o reglas aplicables a un determinado caso laboral, las autoridades administrativas y judiciales deberán aplicar aquella norma más favorable al trabajador. En ese sentido, se debe entender que en caso que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre la jerarquía de las normas.

Dicho esto, es aceptado que una norma de inferior categoría sea aplicada en un caso concreto por encima de una contraria de superior jerarquía; aún más, sin necesidad de normas, si un elemento del contrato entre trabajador y empleador es más beneficioso que cualquier norma de rango superior se aplicará la primera. (Bejarano, 2013).

Nuestra legislación laboral es variada y no sistematizada, por tanto, al no estar todas estas leyes (generales y especiales) recopiladas en un código, la tarea del operador jurídico puede resultar difícil. Este principio no se encuentra reconocido constitucionalmente como el antes mencionado, sin embargo, es tomado en cuenta por la doctrina y por la jurisprudencia, las cuales vienen a ser fuentes del derecho laboral.

A diferencia del principio anterior, la duda es provocada por dos o más normas procedentes de diversas fuentes. Cabe precisar que la aplicación de la norma más favorable está condicionada a la no existencia de una ley prohibitiva emitida por el Estado.

2.2.1.1. La condición más beneficiosa

Según este principio, cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador, ésta debe ser respetada, esta regla permite cautelas las condiciones laborales más beneficiosas de los trabajadores, ante la aplicación de nuevas normas jurídicas que pretendan disminuir los beneficios laborales vigentes. Para el juriconsulto Plá Rodríguez, esta regla supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse.

Para Víctor Anacleto Guerrero, la excepción que debe atender a la necesidad de preservar un interés general, debe ser determinada en forma expresa o explícita- a través de nuevas condiciones- por ley o convenio colectivo, según la cual haya sido la fuente del anterior. En ningún caso, la negociación colectiva puede disminuir derechos consagrados por la ley.

Humberto A. Podetti, señala al respecto: “Debe tratarse de condiciones originadas en normas contractuales-expresas o tácitas-de alcance individual, ya que las originadas en convenciones colectivas tienen su propio régimen en orden a la vigencia temporal de sus cláusulas.”; de lo expuesto, se puede advertir que frente a un convenio colectivo con cláusulas in peius no resulta invocable el principio de la condición más beneficiosa. (Podetti, 1991)

Cabe precisar que se debe diferenciar dos situaciones relacionados a la presente regla (Bejarano, 2013):

- Aquellas situaciones que surten efectos legales y que por lo tanto son judicialmente exigibles respecto de su cumplimiento, y;

- Aquellas que se otorgan por la mera liberalidad del patrono sin crear derecho subjetivo alguno, éstas suelen estar sujetas al previo cumplimiento de requisitos necesarios para el otorgamiento.

El profesor José Mario Quiroz Lobo, expresa lo siguiente: “De carácter estrictamente laboral, este principio, tiene una doble manifestación: de una parte, consagra el respeto a los beneficios logrados por la vía convencional o consuetudinaria, que prevalecen sobre las previsiones legales, en cuanto éstas tienen carácter de mínimas; de otra,

permite el mantenimiento de condiciones de trabajo nacidas en aplicación de disposiciones legales ulteriormente derogadas”.

De esta manera, el principio de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta, anteriormente reconocida y que ha de ser respetada al promulgarse la nueva regulación del trabajo a la que la misma se refiere.

1.2.2. Principio de irrenunciabilidad

Este principio establece la imposibilidad de privarse, aún por voluntad de parte, de los derechos reconocidos por la legislación laboral. La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce el presente principio en el inciso 2) del artículo 2°, que señala: “Principios que regulan la relación laboral: En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Por este principio se busca frenar el actuar de la parte fuerte en la relación laboral, es decir, del empleador, salvaguardando los derechos fundamentales del trabajador.

La irrenunciabilidad es otro de los fundamentos importantes que diferencian al derecho laboral de las demás ramas; esto, en el sentido que, mientras en el derecho del trabajo se declararía como un acto absolutamente nulo el hecho que se renuncie a un derecho otorgado por la ley (en razón de ser de orden público), en las otras ramas del derecho, la renuncia a un derecho configura como un principio, ya que

las personas pueden obligarse a todo aquello que no les esté prohibido expresamente por la ley o que no siéndolo constituye un acto ilícito, o que afecte derechos de tercero de buena fe. Es así que este principio viene a ser único, propio y específico del derecho del trabajo.

Javier Neves Mujica, sobre el principio de irrenunciabilidad indica lo siguiente: “Un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será de disposición. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida, la renuncia no”. (Neves Mujica, 2014)

En ese orden de ideas, tenemos que el principio de irrenunciabilidad de derechos prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre aquellos derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez (acto nulo) la transgresión de esta regla. La ley protege de manera absoluta al trabajador, tal es así que por medio de este principio reconocido constitucionalmente se torna imposible su renuncia.

El principio de irrenunciabilidad de derechos, debe ser entendido como la imposibilidad jurídica de pactar beneficios por debajo de aquellos mínimos establecidos legalmente. Por otro lado, el derecho de trabajo sí permite y reconoce la existencia de derechos renunciables, se consideran los siguientes:

- Los derechos nacidos de contratos individuales de trabajo, siempre y cuando no se afecte la dignidad del trabajador.

- Los derechos nacidos de una costumbre, siempre y cuando no se haya producido una permanencia en el tiempo que haga irrazonable su renuncia.

- Los derechos por encima de los mínimos legales, cuando, por ejemplo, se otorga una gratificación que es el doble de una remuneración, se podrá renunciar respecto del exceso del derecho que consiste en una remuneración íntegra.

- Los derechos inciertos, es decir, respecto de aquellos derechos que no es posible establecer de manera clara su origen.

- Los hechos que inciden sobre la relación laboral, por ejemplo llegar a un acuerdo sobre la fecha de ingreso a trabajar del trabajador.

Son derechos irrenunciables aquellos provenientes de disposiciones que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada o de normas que establecen mínimos a la autonomía privada (Pacori Cari, 2012).

Se debe tener en claro que los derechos laborales que provienen de un convenio colectivo están protegidos por el principio de irrenunciabilidad, esto debido al carácter normativo de las cláusulas del convenio colectivo, y lo establecido en el Artículo 28° de nuestra Constitución de 1993, puesto que los convenios colectivos son considerados

parte de las fuentes del derecho peruano. Si bien el artículo 26°, inciso 2, de la Constitución establece que son irrenunciables los derechos que reconoce la Constitución y la ley, el Artículo 28°, inciso 2, segundo párrafo, de la Constitución establece que: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.”.

De esto se justifica que también los derechos nacidos de un convenio colectivo son irrenunciables, por lo que su protección esta glosada en la Constitución.

El Tribunal Constitucional Peruano, respecto al principio de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores ha establecido en la Sentencia N° 0008-2005-AI/TC; fundamento 24, que dicho principio: “hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley (...). En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.”

Finalmente, a modo de conclusión, el profesor Javier Neves Mujica sostiene que un derecho es irrenunciable desde que se constituye la relación laboral, siempre que esté amparado por una norma imperativa, aunque todavía los requisitos para su disfrute no se hayan producido y, por consiguiente, el derecho no se haya adquirido.

Esta irrenunciabilidad es aquel medio utilizado por el legislador para proteger al trabajador, de forma absoluta ante su estado de necesidad o debilidad frente al empleador.

1.2.3. Principio de Primacía de la realidad

1.2.3.1. El principio de primacía de la realidad en la doctrina

Guillermo Guerrero Figueroa define a este principio de la siguiente manera: “Según este principio, prima siempre la verdad de los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Lo que interesa es lo que suceda en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido o establecido en documentos”. (Guerrero Figueroa, 1999)

Javier Neves Mujica, sobre este principio, señala que: “ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil dice que las cosas son lo que determina su naturaleza y no su denominación. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha formulado el llamado principio de primacía de la realidad.”.

Por su parte el jurista uruguayo Américo Plá Rodríguez, señala que el principio de primacía de

la realidad dispone que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, deba darse preferencia a lo primero, es decir, lo que ocurre en el terreno de los hechos.

En palabras del profesor Julio E. Haro, este principio consiste en que debe primar la realidad de los hechos sobre lo consignado por escrito, es decir, debe primar aquella sobre la realidad formal, a fin de que se dé por válido no lo establecido en un pacto escrito sino en los hechos reales. Este autor señala además que este principio es importante para la autoridad administrativa de trabajo, a efectos de resolver conflictos que se presentan en las inspecciones en los centros de trabajo. (Haro Carranza, 2005)

El profesor Jorge Toyama Miyagusuku señala lo siguiente: “En virtud de este principio laboral, aun cuando exista un contrato-formalizado por escrito de naturaleza civil, lo que determina la naturaleza de una relación contractual entre las partes es la forma como, en la práctica, se ejecuta dicho contrato” (Toyama Miyagusuku J. , El Derecho Individual del trabajo en el Perú, 2015)

A su vez, el magistrado Javier Arévalo Vela, sobre este principio señala: “Según este principio de presentarse discrepancias entre lo que ocurre en los hecho y lo consignado en los documentos o

acuerdos, debe preferirse a los primeros” (Arevalo Vela, 2016)

El Tribunal Constitucional, como se dijo anteriormente, reconoce y ha aplicado este principio en sus sentencias emitidas, así tenemos la Sentencia recaída en el Expediente N° 944-2002-AA/TC, en donde fundamenta sobre el principio de primacía de la realidad:

“(…) Significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.” (Sentencia Tribunal Constitucional, 2003).

Así también, se tiene la sentencia recaída en el Expediente N 0991-200-AA/TC, que sobre el principio de primacía de la realidad señala:

“Que, en virtud del principio de primacía de la realidad, resulta evidente que las labores, al margen del texto de los contratos respectivos, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, de modo que no es correcto considerar que la relación laboral mencionada tuvo carácter eventual. El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra

Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.” (Sentencia Tribunal Constitucional, 2000)

1.2.3.2. Nociones generales.

El principio de primacía de la realidad, es uno de los pilares del derecho laboral por ser un precepto rector tuitivo del contrato de trabajo; sin embargo, carece de regulación normativa, siendo que ha sido la doctrina y la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional quienes han dado un reconocimiento preciso de lo que significa este principio. Cabe precisar que su aplicación no es exclusiva del derecho de trabajo, las autoridades tales como el Tribunal Fiscal (en materia tributaria) e Indecopi (en materia administrativa) también lo emplean.

Si bien este principio no cuenta con una normativa de rango constitucional, éste ha sido reconocido en la Ley general de Inspección del Trabajo, específicamente en el numeral 2, del artículo segundo, el cual señala: “Artículo 2°. Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección

del Trabajo: (...) 2. Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.”.

El código civil en sus artículos 1351°, 1354°, 1362° y 1764°, establece que es posible que dos partes, de buena fe, acuerden la celebración de un contrato en donde se establezca libremente los derechos, deberes y obligaciones que crean conveniente; sin embargo, en el campo del derecho laboral estos acuerdos no proceden, puesto que, si se llega a verificar que un determinado acuerdo o contrato contiene los elementos esenciales del contrato de trabajo, no hay nada que no pueda justificar la existencia de una relación laboral, además de ello, los principios del derecho de trabajo van a primar en la regulación de esto, es así que el contrato en una relación laboral también es denominado “Contrato realidad”.

Este principio buscar desactivar todo tipo de acciones fraudulentas respecto al contrato de trabajo, es decir, por este principio, se identifica cuando un contrato civil o comercial puede ser desnaturalizado.

Víctor Anacleto Guerrero, citando a Cabanellas, enseña sobre el principio de primacía de la realidad

lo siguiente: “Muchas veces se trata de dar a un trabajador subordinado la apariencia de un trabajador autónomo. Esta situación es tan frecuente que obliga a los tribunales a determinar no que el conjunto sea simulado, y sí simplemente establecer la verdadera naturaleza de la prestación. En esta forma las disposiciones del Código Civil sobre la simulación de contratos se borran para penetrar en el contrato realidad, esto es, en la ejecución de la prestación de un trabajo, deduciendo de ello sus caracteres esenciales para llegar a la determinación de la naturaleza del vínculo que liga a las partes”

1.2.3.3. Función antifraude

La función principal que constituye este principio es la de identificar el fraude en una relación laboral. Su finalidad se cumple cuando las disposiciones de los cuerpos legales no tienen resultado firme para demostrar el fraude y la simulación. Como se dijo anteriormente, debe darse primacía a la verdad de los hechos sobre la apariencia que se pretende demostrar en la relación laboral. Por tanto, una vez identificada la irregularidad, simulación o fraude, se aplican las normas imperativas, debiendo dejarse de lado las que normas o acuerdos que fueron consignadas por escrito, aun así estas hayan sido concesionadas.

Comúnmente la aplicación del principio de primacía de la realidad se da en el Sector Público, en donde se contrata personal bajo la modalidad de contratos de servicios no personales o locación de servicios, a personas que realizan las mismas labores y horario de trabajo de aquellos trabajadores que están sujetos a la dirección de un jefe, es decir, en la realidad documentaria, este trabajador debería cumplir las funciones que están comprendidas específicamente ahí (en el contrato civil), sin embargo, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se observa que el trabajador está subordinado a un jefe, lo cual determina que se configura uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, el cual es la subordinación (Gonzales Ramirez, 2015).

Debe entenderse que la aplicación de este principio no se da solamente en estos casos, existen otras situaciones referidas a la ejecución de la relación laboral en las que se puede aplicar el principio antes mencionado.

La ratio de este principio es la protección de los contratos de trabajo y los derechos y beneficios que se derivan de este, los cuales no deben ser vulnerados. Es así que nace la figura de la desnaturalización de los contratos, en donde, los trabajadores al quedar sujetos a las condiciones laborales que el empleador establece se ven obligados a aceptar condiciones de trabajo de

forma fraudulenta o de simulación, sin que exista una clara coincidencia entre los hechos reales y los documentos formales.

1.2.4. Principio de buena fe

La buena fe se encuentra incluida en la totalidad del derecho, tanto en normas específicas como en normas generales, y resulta ser un principio general del derecho, en tanto entabla una vía de comunicación del derecho con la moral social y con la ética; esto enfatiza su predominante connotación ética, lo cual supone la canalización del derecho hacia sus metas más puras.

Este principio es reconocido constitucionalmente y exige de forma obligatoria a que las autoridades públicas y la ley, a que se presuma la buena fe en todo tipo de actuaciones de los particulares.

El profesor Víctor Anacleto Guerrero define este principio de la siguiente manera: “Este principio se refiere a la conducta a que deben ajustarse las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, ya se refieran a la celebración, ejecución o extinción de la relación; el mismo comprende el deber de actuar con fidelidad. Los obliga a un modo de obrar tanto en lo que se refiere a las obligaciones de cumplimiento, como éticas: honesto, leal, prudente, veraz, diligente, fiel al cumplimiento contraído, que deshecha todo engaño y perjuicio, y exige ausencia de trampas, abusos” (Anacleto Guerrero, 2012)

De acuerdo al magistrado Javier Arévalo Vela, según este principio, “las partes de la relación laboral, entiéndase trabajador y empleador, deberán actuar de una manera leal, respetando determinados valores como la honradez, lealtad, confidencialidad, es decir, respetando la buena fe del otro.” (Arevalo Vela, 2016)

Según el profesor argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni, “La buena fe es exigible en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho. Este principio fundamenta cualquier ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de la cultura.” (Gozaíni, 2003)

En ese sentido, se tiene que la ley obliga a presumir que todo el mundo actúa de buena fe, teniéndose en cuenta que si se cuestiona el actuar de mala fe, éste deberá ser probado. La buena fe que debe regir como principio del Derecho del Trabajo es la buena fe relacionada con la lealtad, la misma que se basa en el correcto comportamiento de las partes.

Las relaciones de trabajo conllevan un carácter personal entre las partes, por tal razón, se pone de por medio la conducta de los sujetos, quienes a su vez deben actuar de buena fe, lo cual implica honestidad, lealtad y honradez en todo el cumplimiento de sus obligaciones. Teniendo este panorama, se debe entender que el trabajador debe cumplir con sus funciones, prestando sus servicios de la mejor manera; por otra parte, el empleador deberá cumplir con sus obligaciones de abonar de manera íntegra todos los derechos que le corresponder al trabajador, creando así un

ambiente pacífico en la relación laboral, evitándose todo tipo de daños de carácter material o moral. Respetando estos puntos claves sobre el principio de buena fe, será imposible la existencia de algún tipo de fraude entre ambas partes. (Romero Montes, 2006)

Para el jurista uruguayo Plá Rodríguez, este principio tiene connotación no sólo en las obligaciones patrimoniales, sino también en las personales, ya que, lo que se busca es crear un ambiente laboral estable en donde se cree una confianza recíproca entre las partes (Plá Rodríguez, 1978).

En el campo del derecho civil, el principio de buena fe es consumado con el cumplimiento del objeto u obligación, ya sea esta de dar, hacer o no hacer, es decir, con el cumplimiento de la prestación. Esta buena fe se puede catalogar como “objetiva”; por otro lado, en el ámbito del derecho del trabajo estamos frente al principio de la buena fe “subjetiva”, la cual, como se dijo anteriormente, tiene que ver con el correcto comportamiento que debe darse entre las partes de la relación laboral.

El principio de buena fe en el derecho del trabajo se debe presentar tanto en el actuar del trabajador como del empleador, en ese sentido, tenemos estamos frentes a dos situaciones:

- La buena fe en el caso del trabajador: El operario o trabajador viene a ser el deudor del empleador y por tanto sus funciones deben estar revestidas bajo el principio de buena fe, lo cual va a obligarlo a que éste se conduzca con

honestidad, probidad y responsabilidad, con la única finalidad de que los intereses de su empleador no se vean afectados. La buena fe en el trabajador se presenta en al menos tres criterios, que se desarrollaran a continuación: La diligencia en el desarrollo de funciones que le han sido encomendadas en el contrato de trabajo, se debe tener en cuenta que la diligencia y la buena fe son conceptos que se relacionan debido a su tipo, esto es, género a especie, cuando un trabajo es diligente, entonces se asume que se actúa de buena fe, por lo tanto, se concluye que el trabajador actúa de manera idónea. Deber de cooperación, este deber a su vez comprende tres deberes más, los cuales implican: el deber de aviso, el deber de secreto y el deber de cuidado.

- La buena fe en el caso del empleador: como bien se sabe en la relación laboral la parte débil es la del trabajador, por tanto, el empleador se encuentra en el deber de dar la protección adecuada al trabajador, esto no se refiere a darle una protección de corte paternalista, sino que hace referencia a aquellas obligaciones legales y contractuales básicas que el empleador debe respetar. Asimismo, el empleador debe cumplir una función informadora, lo que rige a una relación laboral es la transparencia a fin de que exista un correcto desenvolvimiento de ambas partes, ya sea esta información sobre aspectos contractuales o de reclamación de derechos.

La estructura del contrato de trabajo presupone la existencia intrínseca del principio de buena fe. Sin ella, los contratantes estarían obligados a regularlo todo. Sin la buena fe—señala Pedro Irureta Uriarte, la regulación legal terminaría siendo

sobreabundante, pretendiendo anteponerse a cualquier hipótesis que se desviara de un cumplimiento contractual conforme a los criterios de la lealtad y la corrección. (Irueta Uriarte, 2011)

1.2.5. Principio de continuidad

Cuando hablamos de este principio, hacemos referencia a la conservación del contrato de trabajo, y al hacer referencia a este último, nos referimos al punto de partida del derecho laboral, por lo tanto se debe tener en cuenta que este tipo de contrato no es un como un contrato civil, en el cual se busca la protección de los intereses personales de ambos contratistas. En ese orden de ideas, el derecho de trabajo incorpora un contrato autónomo, cuyas disposiciones y finalidades son propias, en este tipo de contrato se busca conseguir el equilibrio entre el empleador y el trabajador.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, se entiende que el trabajador está en la libertad de trabajar o dejar de hacerlo superada la etapa en la que ya cumplió el periodo pacta de forma consensual; sin embargo, no es la misma capacidad de disposición que tiene el empleador, dado que éste se compromete a proporcionar trabajado en la medida que pueda hacerlo al trabajador.

El artículo 4° del D.L. N° 728 señala lo siguiente: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un cotnrato de

trabajo a plazo ideterminado”, como se advierte, el principio de continuidad está inmerso en dicho artículo.

Según el jurista Pla Rodríguez sobre este principio indica lo siguiente: “El principio de continuidad responde al propósito protector del trabajador a quien le preocupan no solo el presente, sino también el futuro. Constituye justamente uno de los signos del hombre contemporáneo su ansia de seguridad y ella está particularmente presente y actuante en quien no tiene otro apoyo que su propio trabajo”.

De acuerdo a nuestra jurisprudencia, el principio de continuidad es:

“Aquella regla en virtud de la cual el contrato de trabajo se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso pueda alterar tal carácter por lo cual este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral a pesar que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como en el caso de los despidos violatorios de los derechos constitucionales, cuya sanción al importar la reconstitución jurídica de la relación de trabajo como si esta nunca hubiese interrumpido, determinada no solo por el derecho del trabajador al ser reincorporado al empleo, sino también a que se le reconozcan todos aquellos derechos con contenido económico, cuyo goce le hubiese correspondido durante el periodo que duró su cese de facto pues de no acarrear ninguna consecuencia constituiría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores quienes no solo se verían

perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también se afectaría su futura pensión de jubilación”. (Casación N° 960-2006-Lima)

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que: “(...) en el régimen laboral peruano el principio de continuidad opera como un límite a la contratación laboral por tiempo determinado. Por ello este Tribunal, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1874-2002-AA/TC, precisó que hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando las labores que se van a prestar (objeto del contrato) son de naturaleza temporal o accidental” (Sentencia Tribunal Constitucional, 2009)

1.2.6. Principio de igualdad de oportunidades y no discriminación

La justicia de la que tanto se ha hablado a lo largo de la historia de la humanidad es el resultado de la aplicación del principio primario de la igualdad.

Bajo estas definiciones se puede concluir que sólo a través de la igualdad de oportunidades es posible garantizar el ejercicio de los derechos en verdaderas condiciones de igualdad y de justicia.

Tratar de este principio implica tener en cuenta el concepto de “Justicia Social”, el cual se define como la solución no

solamente de un colectivo (sociedad) sino a los problemas en el trabajo, es decir, la protección al trabajador.

En nuestra Constitución Política actual, este principio es recogido en el numeral 1 del Artículo 26°. Asimismo, este principio es reconocido por el Convenio 111 de la OIT. La razón de ser de esta regla se fundamenta en la prohibición de cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos aquellos como: raza, color, sexo, religión, opinión política, entre otros que como consecuencia afecten la igualdad de oportunidades de los trabajadores.

El Convenio N° 111 de la OIT en referencia a la discriminación en el empleo, señala que bajo este concepto quedan comprendidas todas sus modalidades, entre ellas: las discriminaciones generadas por el propio ordenamiento legal, las que afectan a los trabajadores nacionales como a los extranjeros, a los que laboran para el sector público como quienes lo hacen en la actividad privada, etc. (Carrillo Calle, 2003)

Señala Víctor Anacleto Guerrero que para entender este principio, se debe tener conocimiento lo que encierra la justicia social y la equidad. Esta última, es definida como una directiva fundamental para la interpretación de la norma. Es así que por medio de la equidad se posibilita al juez a resolver de manera una controversia basándose no sólo en lo que señalado por la letra (ley) sino, puede apartarse de ella (no como un acto de arbitrariedad), sino para la aplicación de la justicia a través de espíritu de la ley; es decir, se resuelve de una manera humanitaria, sobreponiendo en

la escala jerárquica la equidad y justicia social por sobre las leyes positivizada.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el principio de igualdad y no discriminación señala lo siguiente, en su Artículo 26: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

El principio de no discriminación está íntimamente relacionado con el principio de igualdad, ya que éste asegura la plena vigencia su plena vigencia al excluir y prohibir toda situación de diferenciación, preferencia y/o exclusión que se fundamenten tan solo en criterios objetivos y razones.

Como se dijo anteriormente, la definición de la discriminación laboral es elaborada, generalmente, a partir del Art. 1° del convenio internacional del trabajo N° 111, como toda distinción, exclusión o preferencia carente de justificación suficiente, que tenga por efecto destruir o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo. No es relevante la intención del sujeto discriminante, siendo suficiente la existencia del daño. Habida cuenta del bien jurídico protegido, se destierra del ordenamiento jurídico no solo a las conductas intencionadamente discriminatorias sino a todas las que, de

hecho, tienen un resultado discriminatorio. Lo relevante no es la intención sino el daño (Ermida Uriarte, 2011).

La doctrina ha identificado algunos caracteres respecto a este principio, los cuales son los siguientes:

- a) Puede tratarse de una acción o de una omisión, un hacer o un no hacer.
- b) Supone una diferencia, una exclusión o aún una preferencia injustificada.
- c) Esta diferencia debe carecer de una causa justificante, de un motivo justo y fundado.
- d) Debe provocar un daño o un perjuicio al trabajador que recibe el tratamiento diferenciado.

1.2.7. Principio de razonabilidad

El jurista uruguayo Américo Plá Rodríguez, señala que este principio consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. En ese sentido, se entiende que el derecho laboral debe verse limitado y/o frenado en situaciones del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos. (Plá Rodríguez, 1978).

Sobre este principio, dice el profesor Víctor Anacleto Guerrero lo siguiente: “el principio de razonabilidad actúa

como “cauce”, como límite, como freno de ciertas facultades, cuya amplitud puede prestarse a la arbitrariedad.”

Este principio rige la potestad del ejercicio de los derechos tanto del trabajador como de su empleador. Tanto el trabajador como este último ejercen sus derechos y obligaciones en comunión con aquellos razonamientos lógicos de sentido común, evitando incurrir en todo tipo de conductas abusivas del derecho de cada uno. Cabe precisarse que el principio de razonabilidad va íntimamente ligado con el principio de proporcionalidad.

Al hablar de razonabilidad se hace referencia también al “sentido común”, que en pocas palabras vendría a ser darse cuenta de las circunstancias mínimas que implica una situación, renunciando a toda acción autoritaria, absolutista y abusiva.

Debe tenerse en cuenta que las relaciones laborales al estar llenas de fricciones y conflictos se recurre a la aplicación de la razonabilidad con el objetivo de poner fin a dichas controversias con la finalidad de encontrar la solución.

II. EL ESTADO COMO EMPLEADOR

Todas las personas que se vinculan con el Estado, actuando este como empleador, se denominan trabajadores públicos o servidores públicos. Hablar del Estado como empleador resulta ser un término genérico, y, a tenor de los artículos 23°, 39°, 40°, 42° y 99° de nuestra Constitución, comprende desde el Presidente de la República hasta los miembros de las fuerzas Armadas.

Como toda relación laboral, el Estado cuando actúa como empleador suscribe contratos de trabajo con los servidores públicos; en ese sentido, es relevante en primer lugar definir el concepto de contrato de trabajo, los regímenes laborales en el Sector Público y el poder disciplinario que tiene el Estado como único empleador, dentro de la Administración Pública.

2.1. Breve referencia sobre el contrato de trabajo

El doctrinario laboralista Jorge Toyama Miyagusuku sobre el contrato de trabajo señala lo siguiente: “El contrato de trabajo puede ser definido como un negocio jurídico, mediante el cual un trabajador presta servicios personales por cuenta ajena para un empleador, en una relación de subordinación a cambio de una remuneración” (Toyama Miyagusuku, 2015).

Al respecto, Guillermo Cabanellas señala: “el contrato de trabajo es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra”. (Cabanellas, 2001)

Para Víctor Anacleto Guerrero, el contrato de trabajo es toda relación laboral que se da entre una persona llamada trabajador que presta voluntariamente sus servicios por cuenta ajena y la otra llamada empresario o empleador (persona natural o jurídica), bajo la condición de dependencia, dirección y fiscalización de éste, a cambio de una remuneración o retribución.

De acuerdo al jurista uruguayo Américo Plá Rodríguez, el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona se obliga a prestar una actividad en provecho y bajo la dirección de otra y ésta a retribuirla. Por su parte, el jurisconsulto Jorge Rodríguez Mancini, define al contrato de trabajo: "(...) aquel por el cual una persona física compromete su trabajo personal a favor de otra, física o jurídica, por cuenta y riesgo de esta última, que organiza y dirige la prestación y aprovecha sus beneficios mediante el pago de una retribución" (Rodríguez Mancini, 2004)

El laboralista Julio E. Haro Carranza, señala que el contrato de trabajo constituye un acto jurídico y que sus requisitos están establecidos en el Código Civil, cuyo artículo 140° norma todo lo relacionado a la validez del acto jurídico. Asimismo, sostiene que, el contrato de trabajo tiene como principal característica el que puede ser expresa o tácita, entendiéndose esta última que basta solo el darse la relación laboral o de trabajo para que se pueda confirmar la existencia de derecho y obligaciones, tanto para el trabajador como para el empleador. (Haro Carranza, 2005)

En ese sentido, partiendo de las definiciones antes presentadas, se determina que para que se configure la naturaleza real de un contrato laboral, se debe cumplir con elementos esenciales y

obligatorios, los cuales han sido reconocidos por la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Estos son: La prestación personal del servicio, el pago de una remuneración y la dependencia o subordinación.

El T.U.O. de la Ley de Fomento del Empleo, D.S. N°003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 4°, establece lo siguiente: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.”.

Por otra parte, en la Casación N° 1581-97, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema señaló en su tercer considerando lo siguiente:

“Que, el contrato de trabajo supone la existencia de una relación jurídica que se caracteriza por la presencia de tres elementos sustanciales, cuales son: la prestación personal del servicio, la dependencia o subordinación del trabajador al empleador y el pago de una remuneración periódica, destacando el segundo elemento que es el que lo diferencia sobre todo de los contratos civiles de prestación de servicios (...).”.

2.1.1. Elementos esenciales del contrato de trabajo

En ese orden ideas, tenemos que el primer elemento esencial del contrato de trabajo es la prestación personal de los servicios. Jorge Toyama Miyagusuku, citando a Sanguinetti al respecto, señala: “La obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (*operae*), la cual es inseparable de su

personalidad, y no un resultado de su aplicación (opus) que se independice de la misma”. Es decir, en un contrato de trabajo, los servicios se prestar de forma personal, de ahí el carácter personalísimo de la obligación del trabajador y no puede ser delegada a un tercero. Este primer elemento esencial se encuentra reconocido en el Artículo 5° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual prescribe lo siguiente: “Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural”.

Por otro lado, esta prestación de servicios debe ser remunerada, es decir, el trabajador recibe una contraprestación ya económica o en especie, o de cualquier otra forma o denominación, siempre y cuando ésta sea de libre disposición del operario. La remuneración es otro de los elementos esenciales del contrato de trabajo y constituye la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación ya pactada. En ese sentido, se entiende que el contrato de trabajo es oneroso y salvo excepciones, no cabría una prestación de servicios de forma gratuita. El Art° 6 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, lo define de la siguiente manera: “Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa (...)”.

Finalmente, el último elemento esencial es la subordinación. Este elemento es determinante al momento de identificar y diferenciar un contrato de trabajo con un contrato civil (contrato de locación de servicios). Víctor Anacleto Guerrero, citando a Wilfredo Sanguinetti sobre la subordinación, señala lo siguiente: “Entendida en su sentido jurídico estricto, la subordinación es un vínculo jurídico del cual se derivan un derecho y una obligación: el derecho del empleador de dictar al trabajador los lineamientos, instrucciones u órdenes que estime convenientes para la obtención de los fines o el provecho que espera lograr con la actividad del trabajador; y la obligación del trabajador de acatar esas disposiciones en la prestación de su actividad”.

Se debe precisar que de este elemento se desprenden los “poderes del empleador” sobre el trabajador, a fin de hacer efectivo el aprovechamiento de la fuerza de trabajo, estos poderes son: el poder de dirección, el poder de fiscalización y el poder disciplinario. Si bien el empleador ejerce poder sobre el trabajador, éste poder debe cumplirse dentro de la aplicación de los principios antes mencionados de razonabilidad e igualdad. La subordinación se encuentra regulada en el Artº 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual señala: “Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.”

2.2. El Estado en el marco jurídico-laboral

La finalidad primordial del Estado es ser el garante del orden social, velar por la protección de los derechos de cada ciudadano y proteger nuestra soberanía. Dentro de su función como ente regulador para satisfacer el bienestar general, tenemos que en la Administración Pública, es el Estado quien actúa como empleador en todas las entidades públicas, pero para lograr cumplir con este objetivo, el Estado necesita de recursos humanos que puedan hacer posible que las prestaciones de los servicios públicos esenciales se cumplan de forma efectiva, respetando así el derecho económico, social y cultural de la ciudadanía. El Artículo 1° de la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público señala lo siguiente:

“Artículo 1°.- Relación Estado-Empleador: Es la relación que vincula al Estado como empleador y a las personas que le prestan servicios remunerados bajo subordinación (...)”

A lo largo de los años la regulación jurídica de la relación de prestación de servicios para el Estado ha ido evolucionando, en un principio, la vinculación entre el Estado y un servidor público no era de carácter laboral, esta prestación de servicios personales estaba regulada por el derecho administrativo; esta posición tuvo como expresión doctrinaria a la doctrina unilateralista o estatutaria. En nuestro país, esta corriente doctrinaria estatutaria o unilateralista tuvo su expresión legal en el Decreto Ley N° 11377 (Estatuto y Escalafón del Servicio Civil) del año 1950. (Portal, 2013)

Los factores que originaron la crisis de este esquema doctrinario unilateralista o estatutario fueron diversos, uno de ellos fue la

expansión del Estado, el reconocimiento a través de la ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos de diversos derechos laborales, el reconocimiento de derechos laborales a los servidores públicos en las constituciones entre otros.

Ante la situación de crisis del nuevo esquema laboral y ante la manifiesta incapacidad del Derecho Administrativo de continuar regulando la prestación de servicios para un empleador público; surgió la corriente doctrinaria contractualista o laboralista que postula que basta la existencia en los hechos de una prestación personal, subordinada y remunerada para que exista una relación laboral, independientemente de la naturaleza pública o privada del empleador. De esta forma, se reconoce que la relación de prestación de servicios personales a una institución pública es una relación laboral y que los servidores y funcionarios públicos también son trabajadores y tienen derechos laborales.

La administración Pública está dividida en múltiples entidades, en donde se realiza una prestación de servicios por aparte de los funcionarios y servidores públicos para la población. Esta prestación de servicios está regulada bajo los regímenes de carrera, en donde el Estado tiene la condición de único empleador. Este criterio (Estado como único empleador), ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en la resolución recaída en el Expediente N°206-2005-AA/TC, al sostener que: “Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública” (SERVIR, Informe Legal N° 210-2011-SERVIR/GG-OAJ, 2011)

2.3. Regímenes laborales generales en el Sector Público

2.3.1. Regímenes laborales en la Constitución

Nuestra Constitución reconoce la existencia de dos regímenes laborales claramente diferenciados: El del Servicio Público y el de la actividad privada.

En esa línea, tenemos que nuestra Carta Magna hace referencia a los trabajadores del Sector Privado en los artículos 22° a 29°, ubicados en el Capítulo II de su Título I y a los pertenecientes a la función pública, en los artículos 39° a 42°, ubicados en el Capítulo IV del título I.

El artículo 39° de nuestra Constitución Política, señala lo siguiente: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.”. Mientras que el Artículo 40° señala lo siguiente: “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (...)”

Se debe tener en cuenta que algunas entidades públicas, que están reguladas bajo el régimen de la actividad privada (D.L. N° 728), igual les alcanza la aplicación de normas del

derecho público, como la Ley del presupuesto, las normas de control, personal y remuneraciones.

2.3.2. Ley Marco del Empleo Público

Mediante la Ley N° 28175, publicada el 19 de febrero del año 2004, en el Diario oficial “El Peruano”, se aprobó la Ley Marco del Empleo Público, con la cual se pretendía unificar y organizar los diversos y variados regímenes laborales existentes en la Administración Pública; es decir, a orden del artículo 40° de la Constitución Política, se pretendía establecer un régimen unitario de la carrera administrativa, a la cual deberán estar sujetas todas las entidades estatales, salvo aquellas instituciones que formen parte de la actividad empresarial del Estado, como se precisa en la Constitución.

La finalidad de esta Ley Marco es promover, consolidar y mantener una administración pública moderna; mejorar la gestión pública; obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal en base a los logros alcanzados por las entidades públicas, de manera que se logre una mejor atención a la nación. (Wadsworth Zárate, 2004)

La Ley Marco del Empleo Público N° 28175, establece los requisitos, condiciones y los límites en que opera, en la estructura administrativa del Estado Peruano, un grupo de Empleados Públicos denominados funcionarios, empleados de confianza y servidores públicos, teniendo como base la Constitución Política del Perú.

El artículo 1° de la Ley Marco del Empleo Público establece que la “Relación Estado-Empleador”, es aquella relación que

vincula al Estado como empleador y a las personas que le prestan servicios remunerados bajo subordinación. Esta regulación se divide en dos partes. La primera se refiere al empleado público, como la persona que presta servicio bajo dos condiciones, éstas son percibir una remuneración y bajo subordinación.

Quedarían excluidos de esta concepción los trabajadores que no perciban remuneración, es decir, aquellos contratados por servicios no personales, en el sentido que su servicio no es continuo en el tiempo, por estar sujeto más que a un plazo, a la entrega de un producto o servicio terminado; tampoco estar sujetos a pagos regulares, en tanto el pago es por un servicio tasado a un precio determinado el cual puede ser abonado por partes de acuerdo a los términos pactados.

Es evidente que en esta disposición también comprende a los funcionarios o empleados de confianza, a los nombrados de carrera, y a los contratados por servicios personales, así como a los contratados a plazo fijo o a plazo indeterminado.

La segunda parte de esta regulación se refiere a comprender también quienes desempeñan cargos producto de las relaciones de confianza política originaria, es decir el personal electo por la población. (Rodríguez, 2008)

Sobre la vigencia de la Ley Marco del Empleo Público, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, mediante informe legal N°487-2010-SERVIR/GG-OAJ, ha indicado que la obligatoriedad del cumplimiento de esta Ley Marco, ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, que

estableció que la Ley N° 28175, publicada en febrero del 2004, se encuentra vigente en su integridad desde el 01 de enero de 2005. (SERVIR, 2010)

2.3.3. Clasificación de acuerdo al régimen laboral.

El personal de una entidad estatal es normalmente contratado bajo el régimen laboral público, el cual está regulado por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público- Decreto Legislativo 276; asimismo, el personal de una entidad estatal puede ser contratado bajo el régimen laboral de la actividad privada, para este caso, debe existir norma legal que así lo defina y autorice. Como sabemos, a lo largo de los años la regulación en materia laboral ha ido desarrollando, creándose así una variedad de regímenes laborales, teniendo de esta manera, por ejemplo, los dos regímenes antes citados (D.L. 276, D.L. 728), el D.L. 1057, que regula el Contrato administrativo de servicios, y, finalmente, los servicios no personales.

2.3.3.1. Régimen del Decreto Legislativo 276

La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su reglamento Decreto Supremo N° 005-PCM-90, establecen un conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, quienes de forma permanente y estable prestan sus servicios en la Administración Pública. Este régimen está comprendido básicamente por tres categorías: El personal

contratado por servicios personales, los nombrados en carrera administrativa y el personal designado en cargo de confianza.

2.3.3.2. Régimen del Decreto legislativo 728

En el sector público existen entidades que se rigen bajo este régimen de forma parcial o general (Su aplicación se da generalmente en las Municipalidades, los obreros, el Congreso de la República, el Banco Central de Reserva, la Contraloría General, Essalud, entre otros.; su aplicación requiere de una norma específica que así lo autorice. Dentro de este régimen se aplican básicamente dos categorías de contratos de trabajo, a plazo indeterminado y a plazo fijo sujeto a modalidad.

2.3.3.3. Régimen del Decreto legislativo 1057

El D.L. 1057 regular el Contrato Administrativo de Servicios (CAS), el cual constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativo del Estado, el cual, en su calidad de empleador, celebra con una persona natural a fin de que este último preste un servicio no autónomo, subordinado y dependiente dentro de las instalaciones de la entidad. Esta modalidad contractual sustituye a la de los Servicios No Personales (SNP), cuyas referencias normativa

se entienden realizadas a la referida contratación administrativa de servicios.

Desde su entrada en vigencia, este régimen ha sido duramente criticado, puesto que se señala que vulnera de manera total los derechos fundamentales de los trabajadores, en tanto, no gozan de los beneficios de un trabajador acogido en el régimen laboral público o privado, representándose esto, por ejemplo, en su estabilidad y permanencia en su puesto de trabajo.

2.3.4. Ley N° 30057- Ley del Servicio Civil

La ley del Servicio Civil fue publicada por el diario oficial El Peruano el 4 de Julio de 2013, incluye en su interior 98 artículos y capítulos relacionados a la organización del servicio que prestan las personas que forman parte de las empresas estatales. El Art° 1 del título preliminar de la presente Ley, señala lo siguiente: “El objeto de la presente Ley es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas”.

La Ley del Servicio Civil es una de las reformas más ambiciosas y esperadas de los últimos 20 años en nuestro país, se dice que esta ley beneficiará tanto a los ciudadanos como a los servidores públicos. El pilar de la reforma del

servicio civil es la Meritocracia, a través de la cual los ciudadanos vamos a poder tener servicios de calidad del Estado y los servidores podrán ascender y ganar más, superando largos años de sueldos congelados y carreras estancadas.

El Estado es el principal empleador del país, a nivel nacional, todas las personas que conforman el grupo de recursos humanos de cada entidad (servidores públicos), forman parte del Estado. Como ya se vio anteriormente, son tres los regímenes laborales generales en el Sector Público (D.L. 276, D.L. 728 y D.L. 1057), a parte de los regímenes laborales especiales. La presente Ley surge a partir de la necesidad de unificar estos regímenes laborales, dado que tanto los reglamentos de cada ley tienen efectos distintos, se incurría en una desigualdad de derechos constitucionales laborales. Cabe precisar, que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diferentes ocasiones respecto a la inconstitucionalidad de la presente ley, la cual, busca su implementación el marco laboral peruano, de forma integral.

SEGUNDA PARTE: TRABAJADORES DE CONFIANZA EN EL PERÚ: AMBITO PRIVADO Y PÚBLICO

I. EMPLEADOS DE DIRECCIÓN Y TRABAJADORES DE CONFIANZA

1.2. Consideraciones generales

El funcionamiento de una empresa exige la organización conjunta de una serie de factores no solo materiales sino también humanos. Las personas involucradas con la actividad empresarial aportan a su desenvolvimiento mediante sus conocimientos, capacidades y aptitudes acordes al área en que se desempeñan, lo que conlleva la adquisición de facultades obligaciones. (Valderrama Valderrama, ¿Pago de indemnización o reposición?, 2013)

El DRAE señala que el verbo “confiar” significa encargar o poner al cuidado de uno algún negocio u otra cosa. Significa también depositar en uno, sin más seguridad que la buena fe y la opinión que de él se tiene, la propiedad, el secreto u otra cualquier cosa. En ese sentido, un trabajador de confianza, es aquel que ha recibido de su empleador el encargo de realizar funciones o labores en la seguridad de que por su capacidad, honorabilidad y rectitud está en posibilidad de cumplirlas, o en la esperanza de que lo hará en la forma convenida.

Toda empresa, es un engranaje de funciones, siendo todas estas necesarias para llegar a un resultado final. En ese sentido, ante las distintas circunstancias, es claro que dentro del desarrollo del trabajo, existirán laborales de mayor y menor complejidad y valor, lo cual implica que exista mayor nivel de responsabilidad. Así, ciertamente, existen cargos que, a diferencia de otros, están íntimamente vinculados con la dirección y marcha de la empresa, en los que el empleador delega funciones propias de él, naciendo así la figura del trabajador de dirección. Por otro lado, existen

cargos que, por las labores a desarrollar van a significar que el trabajador tenga acceso a información de carácter reservado para su empleador, ya sea información técnica, administrativa, organizativa, comercial, industrial, o, incluso, información de carácter personal, entre otros. Es a las personas a las que ocupan estos cargos, a las que se les denomina trabajadores de confianza. (Gutierrez Gonzales, 2015)

Para el profesor Roger Enrique Zavaleta Cruzado la palabra “confianza” es un término muy plástico y multívoco, citando a José Montenegro Baca sostiene acertadamente que, mientras en las relaciones de trabajo corrientes, esa confianza se manifiesta como una colaboración del trabajador a su empleador, en los cargos de confianza, tórnase representación integral de éste, sustituyendo la persona del empresario, el poder de representación que se reconoce al empleado de confianza exige por razones obvias que el empleador tenga máxima confianza en dicho empleado. (Zavaleta Cruzado, 2000)

1.3. Naturaleza jurídica del personal de Dirección y trabajador de confianza

A partir de la dación del Decreto Legislativo N° 728, “Ley de Fomento del Empleo” en 1991, se introdujo en nuestra legislación laboral dos categorías especiales dentro de las divisiones que se hacían entre los trabajadores, según el cargo que desempeñan o la labor que realizan:

- Los trabajadores de dirección y
- Los trabajadores de confianza.

Anteriormente, nuestra legislación laboral sólo distinguía a los trabajadores entre empleados y obreros, siendo el elemento

diferenciador entre ellos el tipo de labor, pues cuando prevalecía la labor manual, se trataba de obreros, y cuando prevalecía la labor intelectual, entonces, se trataba de empleados.

1.3.1. De acuerdo a la doctrina

Según Néstor de Buen, “el concepto de trabajador de confianza es un concepto difícil. Es un trabajador cuyas características especiales y tratamiento es diferencial con respecto a ciertos derechos de los demás trabajadores”.

El mismo especialista señala 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. (...). En rigor, 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 (...)” (De Buen, 2000)

De acuerdo a Santiago Barajas Montes de Oca, “El trabajador de confianza es aquella persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las cuales lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación; haciéndose hincapié en que estamos ante una relación especial en la que el empleador, en mérito a su capacidad y credibilidad para el desempeño de una actividad específica, deposita su

representación y responsabilidad en actos que pueden serle propios o no pero que para su interés implican garantía y seguridad.” (Barajas Montes de Oca, 1992)

Cabanellas se refiere al trabajador de confianza como “alto empleado” y lo define como “(...) aquel que sin ser patrono, empresario, dueño o accionista principal, desempeña importantes y decisivas funciones de gestión, con atribuciones sobre los restantes empleados, subalternos para él, y sobre todos los obreros con que pueda contar el establecimiento, empresa u organización.” (Cabanellas, 2001)

En opinión de Manuel Palomeque López, el servicio se presta con específica autonomía y plena responsabilidad (en la relación laboral), lo que genera no solo independencia en la gestión, sino una particular y esencial relación de confianza con el empresario, para seguir señalando que “lo que caracteriza a la relación laboral de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial; que el personal de alta dirección ha de actuar con poder correspondiente al núcleo organizativo de la empresa y a sus objetivos generales(...)” (Palomeque López, 1998)

Para Carlos Blancas Bustamante, el trabajador de confianza integra una categoría especial dentro de los servidores de la empresa, en razón de las funciones que cumple colaborando directamente con el empleador en la dirección, organización y administración de su actividad económica. (Blancas Bustamante, 2013)

Javier Ricardo Dolorier Torres señala que la confianza es un elemento subjetivo del contrato de trabajo que está ligado al de la buena fe contractual, que es la lealtad de las partes hacia el contrato para asegurar su cumplimiento. A su vez, citando a Montoya Melgar, define a los “altos cargos” como aquellos de “rectoría superior” que consiste en el desempeño de los poderes propios del empleador que versen sobre los objetivos generales de la empresa. Asimismo, señala que la jurisprudencia española ha ampliado la noción de alto cargo, incluyendo en ella no solo al director máximo de la empresa, sino también al conjunto de cargos que desempeñan la dirección general de la misma o a aquellos que dirigen una “sector de la actividad” o un centro territorial de la empresa, cuando ejercita un poder “intenso”, decisivo en el tráfico comercial” (Dolorier Torres & Villaseca Hernandez, 2011)

1.4. Trabajadores de Dirección

1.4.1. Definición

A decir de Gustavo Quispe, esta categoría de trabajadores gozan de poder de decisión y actúan en representación del empleador, de modo que sus funciones al interior de la empresa se confunden con las actividades reservadas al propio empleador; o de quien sintetiza tal prerrogativa; pudiendo contratar personal, modificar los contratos de trabajo, pagar las retribuciones y, eventualmente, despedir a los trabajadores de la empresa que representa. A modo de ejemplo, se podrían considerar dentro de esta figura a los

gerentes de una empresa, quienes toman decisiones y actúan en representación del empleador (Quispe Chavez, 2009).

Según Jorge Toyama sobre el personal de dirección, señala lo siguiente: “Integran esta categoría de trabajadores, aquellos altos directivos. Aquellos que representan-o sustituyen- al empleador ante los trabajadores, terceros, etc. Administran, dirigen, controlan y fiscalizan la actividad empresarial y el resultado del negocio. Ejemplos de estos cargos son: gerentes, vicepresidentes, corporativos, jefes, directores, subdirectores, subgerente, etc., es decir, la alta dirección de la empresa” (Toyama Miyagusuku J. , El Derecho Individual del trabajo en el Perú, 2015)

El derecho comparado también ha desarrollado en el ámbito jurisprudencial alcances referido a la definición de esta categoría de trabajadores, así pues, tenemos lo expresado en dos importantes sentencias del Tribunal Supremo Español: **(i)** RJ 1990,205, del 24 de enero de 1990; y **(ii)** RJ 2005,1231, del 17 de diciembre del 2004, las cuales señalan tres exigencias que debe cumplir un trabajador para calificarlo como “empleado de alta dirección” y que pueden aplicarse a nuestra regulación (Valderrama, 2014):

a. Que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo cual implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos jurídicos en nombre de la empresa y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a la empresa frente a terceros.

b. Que estos intereses afecten a objetivos generales de la compañía, no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de esta.

c. Que el ejercicio de esos poderes se efectúe con autonomía y plena responsabilidad, con la sola limitación de los criterios o instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que represente la titularidad de la empresa.

Sobre el personal de dirección, se ha indicado que las facultades de la norma hacen referencia a aquel personal que posee poder decisorio y alta responsabilidad, y sin cuya actividad no sería posible que la empresa o entidad lleve a cabo su propia actividad. Implica, por consiguiente, capacidad de mando, posición jerárquica y el ejercicio de funciones esenciales para la organización. Es decir, estamos ante trabajadores que ocupan posiciones que usualmente representan o son portadores del interés del empleador. (Blancas Bustamante, 2013)

1.4.2. Regulación normativa

El artículo 43° del TUO del Decreto legislativo N° 728, Ley de productividad y Competitividad laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, define al personal de dirección como “aquel que ejerce la representación legal del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o 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.”

A partir de esta definición, podemos concluir en lo siguiente (Obregón Sevillano, 2009):

a. Que todo trabajador de dirección es de confianza, pero que el cargo de dirección importa una categoría mayor que la de simplemente ser un trabajador de confianza.

b. Los trabajadores de dirección ejercen facultades de representación frente a terceros o frente a otros trabajadores. Por tanto, debe tratarse de trabajadores premunidos de poderes que les permitan ejercer la representación del empleador.

c. Ejercen funciones de administración y control. Ello significa que dentro de la estructura de la empresa, detentan cargos importantes, como gerencias, subgerencias, jefaturas, etc.

d. También son de dirección aquéllos de cuyo nivel de responsabilidad depende los resultados de la actividad de la empresa. Este aspecto, debe ser entendido no como un hecho vinculado con una labor productiva o de servicio (como el caso de un gran programador en una empresa que elabora programas o softwares), sino como un aspecto de administración o toma de decisiones.

1.5. Trabajadores de confianza

1.5.1. Definición

Un trabajador de confianza es la persona que por razón de jerarquía, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata.

Los trabajadores de confianza, si bien trabajan en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección y tienen acceso a información confidencial, únicamente coadyuvan a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Así tenemos, por ejemplo, a las secretarías de gerencia, quienes si bien no tienen poder de decisión, tienen acceso a información confidencial (Alva López, 2014).

No obstante, y pese a esta diferenciación, la calificación de trabajador de dirección siempre lleva implícita la calificación de confianza, aunque un trabajador de confianza no necesariamente será un trabajador de dirección, en la medida en que nuestro ordenamiento señala que solo el primero de los mencionados tiene poder de decisión y de representación.

En ese sentido, la calificación de los trabajadores de confianza o dirección deberá efectuarse tomando como criterios (Quispe Chavez, 2009):

- a. El poder de decisión que tiene el trabajador dentro de la empresa respecto de la dirección, administración o fiscalización para su calificación como trabajador de dirección. Así, por ejemplo, se podría calificar a un trabajador como de confianza si por la estructura de la empresa actúa en representación del empleador y tiene facultades de dirección, administración o fiscalización.
- b. Para la calificación del trabajador de confianza se debe tener en cuenta el acceso a la información de carácter reservado de la empresa o que sus opiniones o informes sean presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales. Así, por ejemplo, un trabajador de confianza podría ser el abogado que asesora a la gerencia de una empresa, el cual, si bien no tiene poder de dirección, por lo general, maneja información reservada y sus informes jurídicos coadyuvan a la toma de decisiones del personal de dirección.

1.5.2. Regulación normativa

En el régimen laboral de la actividad privada, establecido en el Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, los trabajadores de confianza reciben un tratamiento especial por su cercanía con el empleador y por las funciones que desempeñan. Así pues, el segundo párrafo del artículo 43° de la referida norma, define la especial naturaleza del vínculo laboral del trabajador de confianza: “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.”

Con respecto a los trabajadores de confianza, el mismo artículo lo define como 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 a esta información de carácter reservado.

En atención a esta definición, se considera personal de confianza a (Obregón Sevillano, 2009):

a. Para nuestra legislación, el trabajador de confianza es diferente del trabajador de dirección. Hacemos esta precisión, pues la jurisprudencia suele utilizar los calificativos de dirección y de confianza como si fueran sinónimos.

b. Los trabajadores de confianza que “laboran en contacto directo con el empleador o personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales, y en general, a información de carácter reservado”, son aquellos que sirven de apoyo o son asistentes, que en el desempeño de sus labores tienen acceso a información confidencial y reservada de la empresa. Estos cargos son, por ejemplo, los de asistente de gerencia, la secretaria del

gerente, el contador, y casos similares. También se incluirían en esta categoría a ciertos trabajadores de sistemas, a los que desarrollan fórmulas o nuevos productos, a los que manejan costos y presupuestos.

c. Los trabajadores de confianza “cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”, son los trabajadores que, debido a su nivel profesional, tienen funciones de investigación, de desarrollo de nuevos productos, servicios, búsqueda o ampliación de nuevos mercados, etc.

1.6. Características de los empleados de dirección y trabajadores de confianza

Tanto el personal de dirección como los trabajadores de confianza tienen ciertas características que los que distinguen de los trabajadores que realizan labores ordinarias dentro de la empresa (Dolorier Torres & Villaseca Hernandez, 2011):

a. En primer lugar, la relación laboral de estos trabajadores tiene un elemento especial de carácter subjetivo: la confianza que el empleador deposita en el trabajador y que tendrá como consecuencia que las partes, acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.

b. En el caso del personal de dirección, cuenta con representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las que lo ligan con el destino de la empresa o de los

intereses particulares de quien los contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.

c. Pueden ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerlos partícipes de sus secretos o dejarlos que ejecuten actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal.

d. Tienen impedimento de afiliación sindical de conformidad en el inciso b) del artículo 12° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que establece que los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita.

e. El periodo de prueba puede tener una mayor extensión: en el caso del personal de dirección puede ser extendido hasta por un (1) año y en el caso de los trabajadores de confianza hasta por seis (6) meses, en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo.

f. En el caso del personal de dirección, no tienen derecho a la indemnización vacacional siempre que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional en la oportunidad que les correspondía.

1.7. Calificación del puesto de confianza

El Reglamento de la LPCL en su artículo 59 establece el procedimiento para la calificación de los puestos de dirección y de confianza:

- El empleador identificará y determinará los supuestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la ley.
- Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan dichos puestos que sus cargos han sido calificados como tales.
- Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

La legislación laboral obliga a los empleadores a calificar los puestos de dirección y de confianza. Al respecto, deberá tenerse presente lo siguiente:

La calificación es una formalidad, su inobservancia no enerva su condición de tales, si ésta se acredita de la prueba actuada. Es decir, es importante la calificación, pero si el empleador no cumplió con identificar el cargo como uno de confianza, y/o no comunicó por escrito al trabajador que el cargo que desempeña ha sido calificado como uno de confianza su cargo, y/o no consignó en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente; pero, en la realidad las labores que desempeña ese trabajador califican como labores de confianza, dicho trabajador deberá ser considerado como tal para todos los efectos legales (Guerrero Benites, 2014).

Del mismo modo, si el empleador cumple con todo el procedimiento para efectos de calificar un cargo como uno de confianza, pero en los hechos el trabajador no desempeña labores de tal naturaleza, no se le deberá considerar como tal, sino como un trabajador que realiza labores comunes. Sin embargo, en este punto se debe tener presente que el artículo 61° del Reglamento establece que: “Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando

la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva”.

Por ello, se debe siempre enfatizar la importancia del “principio de primacía de la realidad”, el mismo que establece que al margen de las formalidades, siempre va a prevalecer los hechos fácticos o reales. Es decir, si se calificase un puesto como de dirección o de confianza para evitar el pago de horas extras, o para que no tenga derecho a reposición, etc., pero en la realidad la labor no obedeciera a la definición de cargo de dirección o de confianza, la calificación no tendrá efecto alguno. En otras palabras, la calificación es un acto declarativo y no constitutivo (Obregón Sevillano, 2009).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el proceso signado con el Exp. N° 746-2003-AA/TC, es contundente, cuando 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 ésta se acredita. En el caso de autos, la demandante afirma que el cargo que desempeñaba no tiene la calificación de cargo de confianza debido a que fue nombrada por concurso público y que en su boleta se consigna que tiene la condición de trabajador permanente. Sin embargo, si concordamos dicha afirmación con lo dispuesto por la legislación sobre la materia, expuesta en el fundamento precedente, se advierte 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 (...)”

En resumen, de acuerdo al Tribunal Constitucional: “no es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza, sino que la naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador”.

Todos los trabajadores que directamente o por promoción, acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos dentro de los alcances descritos, sin embargo, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho ni la simulación. Significa, pues, que si el cargo de un trabajador es calificado como de dirección o de confianza, pero en realidad la labor que desempeña no corresponde a las características ni a la definición como tal, la designación no tiene validez.

Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta días naturales posteriores a la comunicación respectiva.

1.8. Derechos de los empleados de dirección y trabajadores de confianza

Los trabajadores de Dirección y de confianza gozan de los mismos derechos y beneficios que los demás trabajadores ordinarios; sin embargo, debido a su especial vínculo con el empleador, algunos de los beneficios suelen estar limitados, lo cual se compensa con las mayores remuneraciones que muchas veces suelen percibir así como de una serie de beneficios adicionales que el común de los trabajadores no gozan, como suelen ser los gastos de

representación, viáticos, asignación de vehículos, teléfonos, vivienda, viajes, etc. (García Manrique, 2012).

Algunos de los beneficios que hacen distinción entre los trabajadores ordinarios y los de dirección y confianza, son los siguientes (Quispe Chavez, 2009):

1.8.1. Periodo de prueba

El período de prueba es la etapa inicial en el contrato de trabajo, que permite al empleador constatar si el servidor cumple con los requisitos y exigencias para las que fue contratado y para el trabajador, para que constate si sus expectativas personales y profesionales se ven colmadas en ese empleo.

El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores a desarrollar requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada.

La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de:

- a.** En el caso de trabajadores de confianza: de 6 meses, y;
- b.** En el caso de personal de dirección, de un año.

El exceso del período de prueba que se pactase superando los seis meses o el año, no surtirá efecto legal.

1.8.2. Descanso vacacional

El artículo 24° del Decreto Supremo N° 012-92-TR establece que a los gerentes o representantes de la empresa que no decidan hacer uso de su descanso físico vacacional no les corresponde el pago de la indemnización vacacional, en el entendido de que este personal tiene la posibilidad de decidir cuándo hace uso de su descanso vacacional.

Sobre el particular, la jurisprudencia nacional ha adoptado dos posiciones. Por un lado, la Corte Suprema ha considerado que es suficiente que un trabajador ocupe un cargo de dirección o represente a la empresa para que no tenga derecho a la indemnización vacacional.

De otro lado, la misma Corte Suprema ha señalado que los gerentes o representantes de una empresa deben tener la facultad de decidir si hacen uso o no del descanso vacacional para que no les alcance la referida indemnización.

Todos los trabajadores tienen derecho al descanso vacacional, una vez cumplido el año de labor y acreditado dentro de ese año el récord vacacional correspondiente.

En caso el trabajador cumpla con el récord vacacional pero no disfrute del descanso físico en el período anual en el que le corresponde, tendrá derecho a percibir la denominada “triple remuneración vacacional” que se computa en la forma siguiente: una por el trabajo realizado, otra por el descanso vacacional adquirido y no gozado y, una indemnización por no haber disfrutado del descanso. La indemnización no está

sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo.

Esta indemnización no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa (personal de dirección) que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional.

El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios.

1.8.3. Jornada máxima de trabajo

La jornada de trabajo máxima, en general es de 8 horas diarias o 48 horas semanales, como máximo. Puede laborarse diariamente una hora más para facilitar el descanso de mediodía del sábado, pero en ningún caso la jornada semanal podrá exceder de cuarenta y ocho horas. Sin embargo, están excluidos de la jornada máxima, y por tanto, no tendrán derecho al pago de horas extras:

- a. Los trabajadores de dirección.
- b. Los trabajadores que no se encuentran sujetos a fiscalización superior inmediata: Son aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes.
- c. Los trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia y custodia.

Se consideran como tales a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad.

- d. Los trabajadores de confianza no sujetos a un control efectivo de tiempo de trabajo

1.8.4. Registro de asistencia

Todo empleador sujeto al régimen laboral de la actividad privada debe tener un registro permanente de control de asistencia, en el que los trabajadores consignarán de manera personal el tiempo de labores.

La obligación de registro incluye a las personas bajo modalidades formativas y los destacados al centro de trabajo por entidades de intermediación laboral.

No existe obligación de llevar un registro de control de asistencia para trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes durante el día.

No se registran, en cambio:

- a. Los trabajadores de dirección.
- b. Los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, como es el caso de los vendedores externos. Se incluye, en este caso, a los trabajadores de confianza no sujetos a un control

efectivo de tiempo de trabajo, pues éstos están excluidos de la jornada máxima de trabajo.

- c. Los trabajadores que prestan servicios intermitentes durante el día, como es el caso de los porteros y guardianes.

1.9. Sobre la diferencia del trabajador de dirección y de confianza

El régimen laboral de la actividad privada, regulado por el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, hace un tratamiento distinto del personal de dirección y de los trabajadores de confianza. La diferencia entre una y otra categoría de trabajadores a primera vista es evidente.

En primer lugar, el personal de dirección mantiene un vínculo de subordinación en menor grado y en algunos casos este llega a difuminar totalmente debido a que ostenta la representación general, sustituye al empleador, o comparte con él las funciones de gestión. En ese sentido, al tener un alto grado de responsabilidad debido a que sus decisiones depende el resultado del negocio, la actividad de dirección del personal puede llegar a confundirse con las acciones reservadas al propio empleador, o de la persona que sintetiza tal prerrogativa.

A diferencia del anterior, el trabajador de confianza realiza sus labores a través de un contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a los secretos empresariales y a toda aquella información que tenga carácter de reservada. También se considera a esta categoría a aquellos cuyos opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de decisiones

empresariales. El estatus especial que ostenta el trabajador de confianza frente al personal de dirección estriba en aquel está vinculado al empleador de manera claramente subordinada, por ejemplo, la secretaria del área de gerencia, auxiliares del personal directivo, etc. Al mismo tiempo, los trabajadores de confianza difieren del personal directivo porque ocupan puestos menos elevados que estos y no ejercen normalmente atribuciones de dirección y de representación.

Debe precisarse que la mayor diferencia entre la categoría de personal de confianza y personal de dirección es que sólo este último tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de su cargo y de su persona; por otro lado, los trabajadores de confianza, si bien trabajan en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tienen acceso a información confidencial, únicamente coadyuvan a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, siendo sus colaboradores directos. Es así que estamos frente a una relación de género especie, ya que la categoría de trabajador de dirección lleva de forma implícita la calificación de confianza; sin embargo, un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador con poder de dirección.

La doctrina nacional ha elaborado ciertos criterios determinantes que caracterizan a los trabajadores de dirección y de confianza (Paredes Espinoza, 2015)

- La confianza depositada en un personal de dirección o de confianza, es una de las características más importantes toda vez que hace que la relación laboral se vuelva especial y recíproca, en el marco de la buena fe laboral.

- La representatividad es un rasgo que caracteriza al personal de dirección, y la responsabilidad al personal de confianza. Claro que esta última característica también está presente en las funciones que realiza el trabajador de dirección.
- Las funciones del personal de dirección como de confianza esta relacionadas con el destino de la empresa, por lo que las decisiones que tomen deberán ofrecer plena garantía y seguridad ante os demás trabajadores.
- El personal de dirección ejerce funciones directivas y el trabajador de confianza administrativas. Sin embargo, ambas categorías conocen de asuntos confidenciales y ejecutan asuntos confidenciales y ejecutan asuntos de interés, en el ámbito de su competencia.

En opinión de Jorge Toyama Miyagusuku, respecto a un trabajador de dirección, resulta más sencillo identificar a este tipo de trabajadores, en tanto estos ocupan un puesto jerárquico y sus cargos están en las posiciones altas de los organigramas. En cambio, resulta más complicado identificar a un trabajador de confianza que, aun siendo tal, se encuentra en una posición en la cual tiene un contacto directo con personal jerárquico y cuyas opiniones o trabajo influencia de manera directa la toma de decisiones empresariales. (Toyama Miyagusuku & Merzthal Shiyo, 2014).

II. Empleados de confianza en el Sector Público

2.1. Nociones generales

El artículo 4° de la Ley Marco del Empleo Público considera al empleado de confianza como aquel que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público, se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad.

“**Artículo 4°.-** Clasificación El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

2. Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.”

Cabe precisar que esta Ley -Ley 28175- es de obligatorio cumplimiento para todas las personas que prestan servicios para el Estado, se podría denominar también “Ley Madre”. Los titulares de las entidades públicas (Ministros, Alcaldes, Presidentes de Consejos Directivos, Titulares de Organismos autónomos, entre otros), no son empleados de confianza sino Funcionarios Públicos.

“El término “empleado de confianza” es utilizado o resulta familiar para la gran mayoría de ciudadanos y las personas que prestan

servicios en la administración pública. No obstante, la gran mayoría no conoce o confunde los elementos que los caracterizan.” (Valdivia Morón, 2012)

2.2. Marco legal general aplicable a los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción

La Ley N° 27594 regula la participación del poder ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos. En el presente apartado, nos limitaremos a indicar las características de la designación del funcionario público por parte del Poder Ejecutivo, así como de los designados en cargos de confianza por parte de dicho funcionario designado. En ese sentido, es conveniente repasar de forma breve las normas legales de la función pública, relacionadas con esta designación y remoción de los funcionarios en cargos de confianza.

2.2.1. La Constitución Política del Perú

En lo referente a la función pública, la Constitución señala lo siguiente en los siguientes artículos:

“Artículo 39°.- Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. (...).

Artículo 40°.- La ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno o más por función docente (...).”

2.3.5. Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público

La finalidad de la Ley Marco del Empleo Público fue establecer una base normativa en el correcto actuar y desarrollo de la Administración Pública. Es Ley, se vería complementada con la aprobación de cinco leyes que se encontraban redactadas en su Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final. Para el caso en particular, se había propuesto la Ley de Funcionarios y empleados de confianza, con la cual se buscaba facilitar la transparencia en la selección de estos cargos; sin embargo, hasta la fecha, esas leyes aún no han sido aprobadas. Cabe indicarse que en este proyecto de Ley se indicaba que ante el retiro de confianza a un empleado del sector público, éste no tendría protección contra el despido arbitrario en razón de la obtención de una indemnización por despido arbitrario. **(VER ANEXO 06).**

El ingreso a la administración pública por regla general se da por concurso público, estableciendo una excepción para los empleados de confianza, quienes. La calidad de estos empleados de confianza designados en entidades públicas debe estar consignada expresamente en un documento normativo. En ese sentido, nuestra normativa vigente señala que los empleados de confianza son de libre designación y remoción; por lo tanto se infiere que el retiro de confianza o pérdida de ésta, es causal de extinción de la relación laboral. (Valdivia Morón, 2012)

Javier Dolorier Torres señala que la Ley Marco del Empleo Público estipula que los Empleados de Confianza “pueden

ser designados o removidos libremente”, lo cual significa que el empleador (titular de la Entidad Pública) puede decidir de forma libre, en primer lugar, otorgarle la confianza a un trabajador y designarlo como empleado de confianza y posteriormente, revocar la confianza otorgada y remover al funcionario del cargo en que fue designado, mas no puede interpretarse que este acto no tenga como consecuencia aquella prevista en nuestro ordenamiento laboral, cual es el pago de una indemnización por despido arbitrario. (Dolorier Torres & Villaseca Hernandez, 2011)

2.3.6. La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su reglamento

El Decreto Legislativo N° 276, regula la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público (Jimenez Murillo, 2012). Su Título Preliminar señala lo siguiente:

“Artículo 1°. Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.

“Artículo 2°. No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de

confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable. (...).”

Por su parte, el artículo 77° del reglamento del D.L. N° 276, fundamento lo siguiente:

“**Artículo 77°.** La designación consiste en el desempeño de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por decisión de la autoridad competente en la misma o diferente entidad; en este último caso, se requiere del conocimiento previo de la entidad de origen y del consentimiento del servidor. Si el designado es un servidor de carrera, al término de la designación reasume funciones del grupo ocupacional y nivel de carrera que le corresponda en la entidad de origen. En caso de no pertenecer a la carrera, concluye su relación con el Estado.”

2.3.7. Designación de funcionarios en entidades públicas pertenecientes al Poder Ejecutivo

La Ley N° 27594, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos, señala que “La designación de funcionarios en cargos de confianza distintos a los comprendidos en el artículo 1° de dicha Ley se efectúa mediante Resolución Ministerial o del Titular de la Entidad correspondiente”

2.3.8. Remoción de funcionarios de entidades públicas pertenecientes al Poder Ejecutivo

La Ley N° 29158, Ley del Poder Ejecutivo, señala que el Presidente de la República mediante Resolución Suprema puede remover, por causal de pérdida de confianza, a los titulares, jefes, presidentes e integrantes de los Consejos Directivos o Directorios de las de los Organismos Públicos, con excepción de los Organismos Reguladores que actúan en representación del Poder Ejecutivo (Sexta Disposición Transitoria).

Similar criterio es aplicable a los funcionarios públicos en cargos de confianza, quienes pueden ser removidos por el titular de la entidad.

2.4. Esquema de gestión administrativa en la designación y remoción de funcionarios en cargos de confianza

La organización y la eficiente gestión administrativa en el desarrollo de la designación de un funcionario en un cargo de confianza importan que la entidad cuente con los principales documentos que permitan que se lleve a cabo una correcta gestión. Esto incluye por ejemplo, el Cuadro de Asignación de Persona (CAP), el Manual de Organización y Funciones (MOF) y el Clasificador de puestos o de Cargos, entre otros.

2.4.1. Potestad del titular de la entidad para la designación de funcionarios públicos en cargos de confianza

Todos los titulares de las entidades públicas se encuentran facultados para designar a los funcionarios públicos de confianza, en el número de cargos que establezca su respectivo CAP. La designación de esta clase de funcionarios públicos no requiere de previo concurso

público, asumiéndose que el titular deberá realizar una evaluación personal y profesional del candidato a ocupar el cargo de confianza, pues el resultado de sus funciones tendrá incidencia en las funciones y atribuciones que ejerza dicho titular. Por el contrario, diremos que por lo mismo que no hay concurso público, dicha actividad previa constituye la etapa en la cual se analice el perfil profesional, al mismo tiempo que se verifique la inexistencia de conflicto de intereses, causal de impedimento o incompatibilidad para acceder al cargo. El hecho de que sea cargo de confianza, no implica que la designación sea directa y sin ningún control administrativo previo, sino por el contrario, que la misma sea fortalecida por un control previo al descartar cualquier incompatibilidad o causal aparente de preferencia o inclusive de nepotismo, más allá de los alcances literales de la normatividad de la materia; ello, por el bienestar de la probidad de la Administración Pública. Una de las características de la designación es que el ejercicio del cargo es temporal, por lo que no conlleva ninguna estabilidad laboral.

Se le reconocerá sus beneficios sociales y laborales ordinarios al término de la relación contractual.

El funcionario público no ingresa a la carrera administrativa; sin embargo, es viable el cambio de funciones acordes con la naturaleza del cargo para el cual ha sido designado, pero no podrá acceder a plazas que están reservadas para ser ocupadas mediante concurso público.

2.4.2. Deberes y derechos del funcionario designado

Como todo integrante de la Administración Pública, el funcionario asume los deberes y derechos que establece el régimen del sector público (Decreto Legislativo N° 276, normas complementarias y conexas y el régimen jurídico laboral privado aplicable al sector público), al mismo tiempo que aquellas que deriven de la Ley del Código de Ética de la Función Pública y su reglamento. Por lo demás, tienen todos derechos laborales y de beneficios sociales que la normatividad les permita. Una de las principales obligaciones de los funcionarios públicos con capacidad decisoria y ejecutiva en las entidades públicas, es la de cumplir con la formalidad de la entrega del cargo, debidamente documentado con la anotación de la cartera de documentos despachados, pendientes de resolver, rendición de cuentas (según el grado de responsabilidades) y los documentos de gestión interna procesados hasta la fecha de su retiro de la entidad; todo ello, conforme a las normas que dispone el Sistema Nacional de Control

2.4.3. Remoción del funcionario público

Una de las características del cargo de confianza es que la disposición del mismo - para el ingreso - es menos riguroso que para el de un servidor público de una unidad orgánica de línea, de apoyo o de asesoramiento, mas eso conlleva similar disposición para decidir la remoción de su designación. Así entonces, los funcionarios públicos en cargos de confianza pueden ser pasibles de una remoción directa por parte del titular de la entidad. Dicha remoción no requiere de mayor explicación o motivación. Podrían existir casos en que se relacionen con situaciones especiales de

contravención a normas internas o normas de orden público, lo que deberá dirimirse o resolverse en instancia independiente del acto de remoción. Asimismo, la ley de la materia no obliga a las entidades públicas a publicar dicha remoción o la aceptación de renuncia al cargo. La regla general es que los funcionarios públicos en cargos de confianza, una vez que ha sido expedida la Resolución de aceptación de renuncia o de remoción, ya no pertenecen a la Administración Pública en general o al Sector correspondiente, salvo en aquellos casos en que el designado para el cargo de confianza fuera un servidor de carrera, en cuyo caso se reserva la plaza, a la que retorna una vez finalizado el ejercicio del cargo temporal.

2.5. Funcionarios de confianza de acuerdo a la opinión de SERVIR

La Autoridad Nacional del Servicio Civil se ha pronunciado y ha dado ciertos alcances respecto a la figura del empleado de confianza y su actuación en la Administración Pública, en ese sentido, el Informe N° 642-2014-SERVIR/GPGSC, señala lo siguiente:

“(...).Debemos indicar que la categoría de empleado de confianza en la Administración Pública debe ser analizada no solo desde la perspectiva de las normas que regulan el régimen de dicho empleado, sino también lo que establece la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175 (en adelante, LMEP). Adicionalmente la LMEP señala que en el caso de los funcionarios públicos y empleados de confianza, dicha norma se aplicará cuando corresponda según la naturaleza de sus labores, con lo cual ratifica

que los empleados de confianza se encuentran sujetos a ciertas particularidades en el ejercicio de sus funciones (...)"

Por otro lado, por informe N° 487-2010-SERVIR/GG-OAJ, la Autoridad Nacional del Servicio Civil da una definición más completa y emite opinión explicando la diferencia del empleado de confianza en el Sector público y en el Sector Privado

"(...) De los empleados de confianza

2.5 Antes de analizar los denominados "empleados de confianza", en los términos de la Ley N° 28175, resulta pertinente diferenciarlos de los funcionarios o titulares de entidades públicas.

Dicha norma establece que el funcionario público es el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. Según la misma, el funcionario público puede ser:

a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria (Alcaldes, Regidores, Presidentes Regionales, Congresistas, entre otros).

b) De nombramiento y remoción regulados (Contralor General de la República,

Defensor del Pueblo, Presidente Ejecutivo de SERVIR, entre otros).

c) De libre nombramiento y remoción (Ministros de Estado, determinados titulares de entidades estatales cuya designación o permanencia no se encuentra delimitada por ley expresa)

2.6 De otro lado, los empleados de confianza son aquellos que forman parte del entorno del titular de la entidad (por ejemplo asesores, gerentes y personal técnico), que ingresan sin concurso

público de méritos a la entidad, precisamente porque dicha designación se sustenta en el poder discrecional del que goza el titular para disponer del 5% del total del personal de la entidad.

En este punto cabe anotar que resultaría incongruente que una entidad aplique la Ley Marco del Empleo Público para sustentar la vinculación directa de una persona en un cargo de confianza (sin pasar por el concurso público de méritos) y luego pretenda desconocer su vigencia u obligatoriedad para la remoción de esa misma persona cuando la causa que originó su vinculación (esto es, la confianza), ya no existe.

Por ello, tener un enfoque estrictamente laboral (como ocurre en una empresa privada) sobre la gestión, acceso y remoción de empleados de confianza en el Estado constituiría un enfoque incompleto y sesgado, siendo necesario acudir a la Ley Marco del Empleo Público aplicable a todas las entidades estatales independientemente si son de régimen de carrera o de régimen laboral privado (...)"

2.6. Diferencia entre los trabajadores de confianza del Sector Público y del Sector Privado

En el sector público, los empleados de confianza suelen encontrarse en los altos cargos dentro del organigrama de cada entidad; sin embargo, se entiende que la principal característica de estos trabajadores radica precisamente en la confianza que sus superiores jerárquicos depositan en ellos.

Esta situación nace a fin de que las entidades públicas puedan desarrollar sus funciones de manera eficiente, pues, además de contar con funcionarios de alto nivel, resulta necesario también la inclusión de un entorno mínimo de trabajadores que sean de su

absoluta confianza y quienes a su vez deben ser funcionarios capacitados para los puestos que van a ocupar.

Así pues, se puede advertir que la característica de confianza de estos trabajadores es que estos son designados sin pasar por un previo proceso de selección, a diferencia de los trabajadores de dirección y de confianza del Sector Privado.

El profesor Ronnie Farfán Sousa, se sostiene que: “por la misma razón, si esa confianza se pierde, este será suficiente motivo para cesar al trabajador. En otras palabras, así como existe una libre designación de esta clase de trabajadores, también se entiende que su remoción deba ser tan libre como cuando la confianza ya no existe más”. (Farfan Sousa, 2015)

Jorge Danós Ordoñez define a estos funcionarios de la siguiente manera: “Son aquellos que desempeñan cargos de confianza técnicos o políticos y gozan de la confianza directa del funcionario público quien lo designo. Precisamente se encuentran en el entorno del funcionario público que los designa o remueve libremente y no deberían exceder del 5% del personal de la entidad.” (Danos Ordoñez, 2008)

Para el profesor Daniel Ulloa Millares y Javier Neves Mujica, la naturaleza jurídica de la categoría de trabajadores de confianza es la misma, tanto en el Sector privado como en el Público, pues lo común que tienen es que sus funciones las han iniciado en base a la confianza depositada en ellos. Por su parte el profesor Ronnie Farfán sostiene que el hecho de que los trabajadores se sujeten al régimen laboral de la actividad privada no impide que se apliquen, en los aspectos que así lo ameriten, distintas reglas y principios a los trabajadores del sector público.

La doctrina está dividida sobre este aspecto, y ahora, con la implementación de la Ley del Servicio Civil, se busca tener una regla general para estos empleados de confianza. Por un lado, algunos doctrinarios señalan que existen suficientes diferencias entre los trabajadores de confianza del sector público y privado que justifican un tratamiento jurídico distinto; y, por tanto, la necesidad de establecer distintas consecuencias ante el despido de trabajadores de confianza del sector público, pese a estar sujetos al régimen de la actividad privada y por otro lado, señalan que el régimen de la actividad privada no contempla en retiro de confianza como causa de despido y por lo tanto se configura un acto unilateral, que a la postre vendría a ser un despido arbitrario con consecuencias indemnizatorias. Así pues, de una comparación entre los trabajadores de confianza del sector privado y los trabajadores de confianza del sector público el Doctor Farfán Sousa identificó diferencias claves en base a tres puntos:

- a) Por su definición y funciones
- b) Por la calificación del puesto, y;
- c) Por el derecho a la estabilidad relativa

Sobre la primera diferencia, mientras que los trabajadores de confianza del sector privado son aquellos que desempeñan funciones calificadas como tales, reguladas bajo el artículo 43° de la LPCL, en el sector público la definición de trabajadores de confianza es más amplia, englobando de modo general a todos aquellos trabajadores que son designados libremente por el empleador; es decir, que acceden al puesto de trabajo sin pasar por ningún procedimiento previo de selección o concurso público. En cuanto al procedimiento para la calificación de los puestos de confianza, se advierte que en el sector privado, los empleadores pueden establecer libremente cuantos puestos de confianza sean

necesarios en su empresa para satisfacer sus necesidades económicas, siempre que dicho personal cumpla con las características establecidas en el artículo 43° de la LPCL. A diferencia de ello, en el sector público, no existe tal libertad para crear puestos de trabajo en general y de confianza en particular; sino que estos están predeterminados por las normas administrativas de gestión y organización de personal en las que se definen los cargos de cada entidad pública.

Respecto al derecho a la estabilidad relativa, como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, los trabajadores de confianza del sector privado gozan del derecho a la estabilidad laboral relativa, de modo que tienen derecho a recibir una indemnización económica a cargo de su empleador, como consecuencia de un despido arbitrario. Sin embargo, de acuerdo a lo analizado por el profesor Ronnie Farfán Sousa, no es adecuado aplicar dicha regla al caso de los trabajadores de confianza del sector público debido a su operatividad y funcionamiento.

En resumen, se sabe que dentro de la Administración Pública los cargos de confianza son ocupados en razón de criterios políticos, de modo tal que, los trabajadores de confianza se encuentran sujetos a un constante cambio y reemplazo que no se da con la misma intensidad y frecuencia en el sector privado.

Efectivamente, los trabajadores de confianza del sector público están sujetos a un mayor nivel de rotación que los trabajadores de confianza privados, en la medida que su permanencia en el cargo depende de factores fundamentalmente políticos. Así, en cada cambio de gobierno o cambio en la administración de las entidades públicas se producen cambios de personal de confianza, pues, cada nueva administración o gobierno requiere contar con personal

de su entera confianza para desempeñar aquellos cargos que son calificados como tales, en la medida que se puede acceder a ellos en base a la mera decisión discrecional del empleador (Farfan Sousa, 2015).

**TERCERA PARTE: EL RECONOCIMIENTO
DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO
ARBITRARIO Y FRAUDE A LA LEY EN
MATERIA LABORAL**

I. RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO

1.1. Supuestos válidos de extinción que no generan indemnización

De acuerdo a Julio E. Haro Carranza, la extinción es el acto por el cual se disuelve el vínculo laboral, cesando definitivamente todos los derechos y obligaciones, tanto del trabajador como del empleador. (Haro Carranza, 2005). La extinción del contrato de trabajo se realiza a solicitud del trabajador, por decisión de la empresa o por causas no imputables a ambos.

En las últimas décadas, la doctrina y la legislación ha dado importancia a la extinción del contrato por decisión del empleador, teniéndose en cuenta la llamada protección de la estabilidad laboral.

Cuando hablamos de extinción del contrato de trabajo hacemos referencia también a la estabilidad laboral y todo lo que importa sobre esta figura. De manera breve, Luis Vinatea Recoba la define como la protección legal contra las posibilidades de terminar la relación laboral, con la cual se busca la permanencia del contrato de trabajo y a que éste no se extinga por causa no prevista en la ley. (Toyama Miyagusuku & Vinatea Recoba, Guía laboral, 2015)

A continuación se detallarán las causas de extinción del contrato de trabajo que no generan indemnización por despido arbitrario:

1.1.1. Renuncia

En palabras del profesor Víctor Anacleto Guerrero, la renuncia viene a ser la decisión libre, voluntaria del trabajador de separarse de su empleo, de su empresa, siendo necesario para ellos que cumpla con la obligación de dar un preaviso al empleador con cierto tiempo de anticipación. (Anacleto Guerrero, 2012)

Según Julio E. Haro Carranza, “La renuncia es el acto jurídico por el cual el trabajador manifiesta en forma libre y voluntaria su decisión de dar por resuelto o extinguido su contrato laboral. (Haro Carranza, 2005)

Por su parte, Javier Arevalo Vela define a esta forma de extinción como la “decisión unilateral del trabajador de dar por terminada la relación de trabajo, cumpliendo previamente con las formalidades exigidas por la legislación, tales como son comunicar a su empleador, en la forma y plazo establecidos por la ley, su voluntad de extinguir el contrato de trabajo que mantenía” (Arevalo Vela, 2016)

De acuerdo al Art°18 de la LPCL, el trabajador no tiene que justificar la causa de su renuncia, basta que la presente en forma escrita y con un plazo de anticipación de treinta (30) días a la fecha en que se producirá la cesación definitiva de los servicios, pudiendo incluso solicitar la exoneración de este plazo de espera, caso en el cual, si el empleador no le expresa por escrito una respuesta negativa, dentro de los 03 días de recepcionada su solicitud, se tendrá que dar por aceptada.

Esta forma de despido no acarrea indemnización alguna por parte del empleador, ya que el trabajador ha tomado la libre

decisión de retirarse de su centro de trabajo y dar por extinguido su contrato.

1.1.2. Jubilación

La jubilación es una causal de extinción del contrato de trabajo, que está establecida en el Artículo 16° inciso f) del D.S. 003-97-TR. Podemos decir que la jubilación se enmarca dentro del régimen previsional, dentro de la Seguridad Social y se da a voluntad del trabajador, siempre que cumpla con la contingencia, que vienen a ser los requisitos concomitantes para jubilarse de edad y años de aportación.

El profesor Julio E. Haro, señala que la jubilación puede ser de dos tipos: jubilación diferida y jubilación automática. Respecto a la primera, el empleador puede disponer el cese del trabajador que ya tenga derecho a una pensión de jubilación a cargo de la ONP o AFP; sobre el segundo tipo, se tiene que el empleador puede cesar automáticamente al trabajador cuando este cumpla los 70 años de edad, salvo que exista un acuerdo entre las partes o con el sindicato, que le permita ejercer tal potestad.

Una vez cesado el trabajador por esta causa, no merece recibir indemnización alguna, sólo es acreedor a sus beneficios correspondientes.

1.1.3. Por incapacidad o inhabilitación

La invalidez es considerada como la incapacidad sobrevenida al trabajador, ocasionada por un accidente o

una enfermedad y que le impide realizar el trabajo para el que fue contratado.

La imposibilidad del cumplimiento puede provenir de la propia capacidad psicofísica sobrevinientes del trabajador o del hecho de haber perdido una condición legal o habilitación, para desempeñar una determinada actividad, objeto del contrato.

Para que proceda la extinción, la invalidez debe ser declarada por una comisión evaluadora de EsSalud o del Ministerio de Salud

1.1.4. Mutuo Disenso

El mutuo disenso se encuentra reconocida en el Código civil, en el Artículo 1313°, también es conocido como resiliación.

Rómulo Morales Hervías, señala que el mutuo disenso no es un contrato modificatorio ni resolutorio ni revocatorio, sino es un contrato extintivo del contrato celebrado originalmente con eficacia retroactiva y por eso es una manifestación de la autonomía privada en cuanto poder abstracto de crear, modificar y extinguir normas privadas (Morales Hervías, 2007).

Gustavo Palacio Pimentel define al mutuo disenso como “la convención que celebran las partes que tienen la libre disposición de sus bienes, para dejar sin efecto un contrato. Está basado en la autonomía de la voluntad que hace que tal voluntad sea libre para crear o para extinguir vínculos jurídicos. Solo tiene lugar con relación a las obligaciones convencionales y opera únicamente en los contratos bilaterales”. Sigue añadiendo que esta figura precisa de

ciertos requisitos como: “i) Preexistencia de un contrato aun no consumado; ii) Solo obra para el futuro, no tiene efectos retroactivos, y; iii) La ley no exige forma especial, sin embargo, se recomienda adoptar la misma forma usada al celebrar la obligación” (Palacio Pimentel, 1980)

De acuerdo a Palacio Pimentel los efectos del mutuo disenso son los siguientes (Palacio Pimentel, 1987):

- Extinguir las obligaciones contractuales, pero solo para el futuro
- No debe perjudicar el derecho de terceros; si así fuera se tiene por no efectuado el mutuo disenso.
- Las partes deberán restituirse aquello que recíprocamente se hubieran dado, con motivo del contrato que se resilia.

Así pues, se entiende que el mutuo disenso se inserta perfectamente en la definición de contrato, pero en su modalidad de disolución consensual del contrato; así como las partes se pueden vincular mediante un contrato, ellas mismas se pueden desvincular por un mutuo acuerdo de voluntades. Como bien sabemos el derecho civil guarda estrecha relación con el derecho laboral, y en ese sentido, tenemos que al hablar de un contrato original hacemos referencia a un contrato laboral, cuyas obligaciones deben de ser de total cumplimiento por ambas partes.

Haro Carranza sobre el mutuo disenso en el derecho del trabajo: “Es el acto por el cual el empleador y el trabajador deciden dar por resuelto el contrato de trabajo. Es en realidad un acto jurídico y debe constar por escrito o en todo caso debe constar en la liquidación por beneficios sociales.

En estos casos empleador abona una cantidad extra en la compensación por tiempo de servicios”

Jorge Toyama Miyagusuku y Luis Vinatea Recoba señalan que la extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso es la posibilidad que tienen tanto el empleador como el trabajador de dar término al vínculo laboral, es decir, ambas partes llegan a un acuerdo para resolver el contrato de trabajo de manera consensual. Este acuerdo debe constar por escrito en un convenio o en la liquidación de beneficios sociales. (Toyama Miyagusuku & Vinatea Recoba, Guía laboral, 2015).

Arévalo Vela sobre el mutuo disenso: “Siendo el contrato de trabajo un acto jurídico nacido de la voluntad conjunta del trabajador y el empleador, resulta lógico que también pueda ser extinguido por acuerdo de quienes le dieron origen” (Arevalo Vela, 2016)

Cabanellas señala que “la disolución del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de los contratantes señala el predominio de la voluntad; se reconoce así la libertad de las partes para poder convenir, en cualquier momento, el término del contrato (...)” (Cabanellas, 2001)

De acuerdo a nuestro ordenamiento Jurídico, específicamente en el Artículo 19° de la LPCL, la extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso es un acto formal, pues, la ley exige que el acuerdo para poner fin a la relación

laboral deba constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales.

En estricto, cuando el empleador y el trabajador convienen en extinguir el contrato de trabajo, este último no debe realizar un cobro indemnizatorio por despido arbitrario, excepcionalmente a este caso, ambos pueden pactar cierto monto como compensación; sin embargo, no se debe tomar esta facultad como regla, menos aún si hablamos del Sector Público, pues, el dinero pertenece al Estado.

1.1.5. Despido por causa justa

Víctor Anacleto Guerrero citando a Manuel Alonso Olea sostiene sobre el despido lo siguiente: “llamamos despido a la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario”. A su vez, citando a Luis Alcalá Zamora y Castillo, y Guillermo Cabanellas de Torres, sobre el despido sostienen: “se entiende por despido una declaración unilateral, por la cual el patrono expresa y concreta su propósito de extinguir el vínculo jurídico que lo une al trabajador a su servicio”

El despido es un acto unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empleador procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo. Este despido nace de la voluntad unilateral del empleador y puede estar sustentado por una causa justa o, por otro lado por una razón injustificada, derivado de una motivación carente de argumentos válidos para despedir a un trabajador.

También llamado despido libre o Ad Nutum, porque no requiere expresión de causa; es decir, el empleador está

facultado para decidir libremente la extinción de la relación de trabajo en forma unilateral. Se da principalmente dentro del periodo de prueba legal o convencional y no acarrea consecuencias indemnizatorias, esto debido, a que se ha consignado una causa justa de despido

1.2. Supuestos de extinción que generan indemnización

1.2.1. El Despido arbitrario

Mediante el presente apartado se desarrolló la figura del despido arbitrario, el cual es definido como aquel que realiza el empleador sin que exista de por medio una causa justa. Frente a esta circunstancia el trabajador tiene derecho a una indemnización por despido arbitrario (estabilidad relativa) o a la reposición (estabilidad absoluta), depende la situación en particular.

El despido arbitrario o incausado es aquel que se produce porque el empleador despide al trabajador sin haberse expresado causa o no poder demostrarse o probarse ésta en juicio.

El despido arbitrario o sin causa, es aquel que se produce porque el empleador despido al trabajador sin haberse expresado causa o no poder demostrarse ésta dentro de juicio. (Valderrama Valderrama, 2015)

Se define indemnización a aquella compensación económica que le es atribuida a una persona como

consecuencia de haber recibido un perjuicio de índole laboral, moral, económica, etc.

Cuando un trabajador es despedido de forma arbitraria tiene derecho a recibir una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones, las fracciones de años se abonan por dozavos y treintavos según corresponda, su abono procede siempre y cuando haya superado el periodo de prueba (Artículo 38° del D-S 003-97-TR).

En ese sentido, si un trabajador cuyo contrato sujeto a modalidad es despedido pasado el periodo de prueba, su empleador deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar, hasta el vencimiento del contrato con el límite de 12 remuneraciones (Artículo 76° del D.S 003-97-TR).

La indemnización por despido arbitrario tiene naturaleza reparadora y viene a ser la única reparación por los daños sufridos.

En ese sentido, se debe precisar que el despido arbitrario a un empleado de confianza, es el único motivo por el cual éste debe ser indemnizado, caso contrario, estaríamos incurriendo en una forma de fraude o simulación. Al respecto, nos encargaremos de estudiar la figura del fraude en el siguiente acápite.

II. SOBRE EL FRAUDE A LA LEY

2.1. Aspectos generales:

Según la Real Academia de la Lengua Española, el fraude es: “La acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete”. Entendido, bajo una óptica jurídica, podríamos decir, que el fraude es un acto de engaño realizada por una persona con la intención de alcanzar un fin ilícito, y de esta manera quebrantar el ordenamiento jurídico y evadir una sanción.

Por otro lado, Brebbia, define al fraude como “aquella maniobra engañosa mediante la cual se pretende eludir una prohibición legal, o causar un daño a terceros (o bien lograr ambos propósitos al mismo tiempo)”. (Brebbia, 1995)

A decir de Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, el fraude en el Derecho privado se presenta con dos vertientes: i) Negocios en fraude a la ley; ii) Fraude a terceros, fundamentalmente acreedores. Sobre la primera forma, que es la que nos importa, se definen como tales aquellos negocios celebrados con la intención que por medio de sus efectos jurídicos y económicos o sociales típicos, se logre u obtenga una finalidad o un resultado que aparece como legalmente prohibido bajo otra modalidad de negocios, es decir, se reviste la intención de una especie negocial permitida burlando así la ley originaria. (Lohmann Luca de Tena, 1987)

2.2. Comparación con otros institutos:

a) Fraude y Dolo; Según nuestro Código Civil, el dolo es la conducta destinada a causar perjuicio a un tercero. Una manera de manifestarse es, provocando en otro una visión equivocada de una determinada realidad a fin de que su voluntad se vea viciada y celebre un acto jurídico; pues de conocer la verdadera realidad, éste no celebraría dicho acto.

El fraude en cambio, son actos unilaterales o plurilaterales, destinados no para celebrar actos jurídicos, sino para que a través de ellos se evite el cumplimiento del ordenamiento jurídico. (Roca, 2013)

b) Fraude y simulación; ambos están íntimamente vinculados, ya que pueden perseguir la realización de actos ilícitos; “en la simulación se tiene un negocio jurídico falso, o dos negocios jurídicos donde uno es falso o aparente que encubre un negocio jurídico real, oculto por decisión de las partes”.

c) Fraude y abuso de derecho; mediante un acto abusivo, se exceden los límites de un derecho subjetivo; es decir, el mal uso de una prerrogativa concedida por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el fraude no posee dichas características, todo lo contrario, realiza actos jurídicos con la finalidad de neutralizar los efectos de una ley.

2.3. Naturaleza jurídica:

Respecto a esta figura, encontramos distintos puntos de vista; siendo de mayor acogida, las siguientes:

a) Teoría que rechaza la noción del fraude a la ley:

“Precisa que cuando dos personas piden que se les aplique su ley nacional, el juez no tiene para qué buscar los móviles o intenciones por los cuales han querido invocarla” (Roca, 2013)

b) Teoría que admite la noción de fraude a la ley:

Considera que esta figura surge como un remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo. Considerando necesaria esta institución aplicable solo para determinadas materias. (Roca, 2013)

Nos encontramos frente a un caso de fraude, cuando un acto se ampara en una norma denominada “cobertura” con la finalidad de evadir los efectos de una norma imperativa, o también denominada “norma defraudada”. Por consiguiente, para poder estar ante un supuesto de fraude, primero debemos cerciorarnos de que la ley defraudada haya debido aplicarse al sujeto que la evadió.

2.4. Modos de usar un negocio jurídico para eludir una ley:

a) Negocios jurídicos simulados: es un acto simulado cuando “existe un contrato que se realiza solo en apariencia, se le da aspecto de realidad el cual se llama negocio jurídico o en concreto contrato simulado, atrás de este puede haber otro negocio que esconde el contratante real, previo acuerdo de los sujetos” (Vallet, 1995)

Teorías sobre la simulación:

- Teoría italiana: no sanciona la simulación con nulidad, sino con ineficacia. La voluntad de no celebrar un contrato no significa ausencia de voluntad.
 - Teoría alemana: es la teoría con mayo acogida, que sanciona con nulidad el negocio jurídico simulado, toda vez que es inválido.
- b)** Negocios jurídicos conexos o coligados: se puede configurar el fraude a la ley cuando la realización de negocios jurídicos lícitos, buscan en su conjunto un resultado prohibido por la ley. Para ello, se requiere de dos requisitos: la pluralidad negocial y el nexo de dependencia entre ellas. (Vasquez, 2012)

Continuando con lo dicho por Vásquez “La coligación concreta reúne agrupaciones de contratos que, si bien en abstracto resultan independientes, se encuentran vinculados en concreto por estar dirigidos hacia la consecución de una operación económica global”.

c) Negocios jurídicos indirectos: En esta figura no existe relación entre el negocio jurídico celebrado y la finalidad que las partes persiguen; sino que se celebran para obtener un determinado efecto jurídico.

Existen muchas posibilidades por las que una persona opte por celebrar este tipo de modalidad al realizar un negocio jurídico, una de ellas:

- Porque no encuentran ningún negocio cuyo fin objetivo se adecúe a su fin practico; es decir, no existen negocios directos para los fines perseguidos por las partes.

- O bien, no desean emplear de modo directo de los negocios jurídicos que se les ofrecen y por tanto, buscan que un negocio típico les provea de una finalidad diferente.

2.5. Jurisprudencia sobre el fraude a la ley:

En nuestra jurisprudencia, encontramos pronunciamientos judiciales respecto a esta figura jurídica del “fraude a la ley”.

- Encontramos una sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente: N°004-2004-AI-TC, publicada el 29 de Setiembre de 2004, sobre proceso de inconstitucionalidad de la ley N°28194; donde en su considerando número quince (N°15), sostiene que:

“En efecto, por un lado resulta plenamente legítima la exigencia de que quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal o residencia habitual en el distrito carente de entidad financiera; y, es que si no se exige que cuando menos una de las partes del contrato domicilie en dicho distrito, queda abierta la posibilidad de incurrir en fraude a la ley, acudiendo a realizar la transferencia del bien, prestación de servicio o dación de dinero a un distrito que no cuente con una agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero con el único objeto de eludir la fiscalización por parte de la Administración Pública”.

- Así mismo, según otra sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N°006-2007-PA/TC sobre proceso de Amparo, donde en sus fundamentos 4 y 5, sobre la ley citada, señala que:

“Sobre el particular, debemos señalar que la ley N°28518, que regula las modalidades formativas laborales, en su artículo 51° incs. 1 y 6, establecen que se desnaturalizan las modalidades formativas, entre otros casos, cuando haya falta de capacitación en la ocupación específica y/o desarrollo de actividades del beneficiario ajenas a la de los estudios técnicos o profesionales establecidos en el convenio y ante la existencia de la simulación o fraude a la ley que determine la desnaturalización de la modalidad formativa.

En el presente caso, de los informes de fojas 32 a 34 y del denominado certificado de prácticas, obrante a fojas 35 de autos, se advierte que el recurrente, en el periodo que prestó servicios bajo la denominada modalidad de prácticas pre profesionales realizó labores de recepción y registro de documentos (ventanilla de recepción al usuario), siendo dichas labores de carácter permanente en la institución demandada, las mismas que realizó en el primer periodo bajo la denominación de contrato de trabajo por servicios específicos. En tal contexto se puede concluir que la situación descrita configura fraude a la ley, quedando acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes, también en el segundo periodo de servicios”

III. FRAUDE EN EL DERECHO LABORAL:

3.1. Consideraciones generales

El fraude a la ley laboral significa aquella expresión genérica que incluye todas las formas de evasión del cumplimiento total o parcial del derecho del trabajo. El fraude a la ley frustra la finalidad de la norma, aunque el negocio es real e indirecto y tiende a buscar un resultado similar al que la norma prohíbe.

Se produce cuando, amparado en una disposición legal, se obtiene un resultado prohibido por otra norma jurídica. El fraude no requiere la prueba de la intencionalidad, bastando con acreditar el resultado violatorio de la normativa imperativa aplicable, siendo fraudulento por el sólo hecho de violentar el orden público laboral.

Los casos más comunes de fraude son los siguientes:

- El de la interposición del pseudoempleador, generalmente insolvente, entre el trabajador y el auténtico empleador (que dirige el trabajo y se beneficia con él) para evitar la responsabilidad establecida en la ley laboral.

- Trabajador: Trabajador realiza maniobras o actos desleales para generar una injuria que provoque su despido y lograr el cobro de las indemnizaciones pertinentes pro despido incausado.

3.2. Desnaturalización, fraude y simulación:

La simulación y el fraude son la otra cara del Orden Público Laboral ya que son supuestos por el cual se viola el marco imperativo del derecho laboral.

La simulación es un instrumento que se utiliza para eludir la ley; es decir, producir una situación jurídica aparente y privar al trabajador de sus derechos; mientras que el fraude es un negocio real que busca resultados prohibidos que la propia ley quiere evitar.

Si bien para el derecho civil existen diferencias respecto a ambos conceptos, la doctrina en el derecho del trabajo, considera estos términos como si fueran uno solo; sin embargo, otro sector de la doctrina considera que existen diferencias como por ejemplo: El negocio simulado quiere producir una apariencia, el fraudulento produce una realidad.

Estas tres figuras jurídicas, parecen tratarse de lo mismo, sin embargo, tienen ciertas particularidades que las diferencian. Por ejemplo, desnaturalizar, implica que se han alterado las propiedades esenciales de una cosa, convirtiéndose en otra. Por otro lado, “por el fraude a la ley se pretende dar indebida cobertura legal a un supuesto, toda vez que la norma aplicable es otra. Se busca así beneficiarse de los efectos de una ley cuya aplicación no correspondería”. (De Lama Laura & Gonzales Ramirez, 2010)

Finalmente, cuando hablamos de simulación, nos referimos a un acto aparente, dado que hay una diferencia entre la voluntad y la declaración o manifestación de la misma. Para ello requiere, que dos o más voluntades se pongan de acuerdo al realizar el negocio jurídico.

Tenemos entendido, que el fraude a la ley y la simulación, son figuras propias del Derecho Civil, y a veces resulta incorrecto aplicarlas en el Derecho Laboral, ya que normalmente hablamos de desnaturalización para referirnos a ellas.

3.3. Nulidad del contrato de trabajo

La nulidad supone la supresión de cualquier efecto al contrato de trabajo celebrado. Se fundamenta entre los conceptos de la invalidez y la ineficacia. El Derecho civil enseña que los negocios jurídicos nulos no tienen fuerza vinculante entre las partes que los celebraron, ya que les falta “un requisito esencial” o son contrarios al “orden público” y “buenas costumbres”, o infringen una «norma imperativa”.

Nuestro ordenamiento trata los casos de nulidad en el artículo 219 y siguientes del Código Civil (en adelante “C.C.”). Con relación a las características de la nulidad, podemos señalar las siguientes: i) al carecer de eficacia, su naturaleza es insaneable; ii) La doctrina señala que esta es imprescriptible; sin embargo, el numeral 1 del artículo 2001 del C.C. establece que la acción prescribe a los diez años.

En esa línea, cuando se declare la nulidad del contrato de trabajo, no se genera la devolución de la remuneración percibida, dado que el empleador se ha beneficiado del trabajo.

Cualquier persona podría solicitar la declaración de nulidad de un negocio jurídico; sin embargo, el artículo VI del título preliminar del

C.C. indica que: “Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral”.

La doctrina señala que si un negocio jurídico nulo tiene los requisitos de fondo y forma de uno diferente y se aprecia que el fin querido por las partes conduce a este otro negocio jurídico válido, puede operar la conversión. A nivel de nuestra legislación, la conversión de un negocio jurídico no está regulada expresamente; empero, una interpretación finalista del artículo 170 del CC conduciría a recoger la conversión y tutelar los intereses de las partes. En sede laboral, se aprecia que la regulación laboral prevé la conversión del convenio a uno de carácter laboral por plazo indeterminado. Por ejemplo, estamos ante los supuestos de suscripción de un convenio de prácticas pre profesionales pero que cumple los requisitos de un contrato de trabajo y esta es la intención de las partes: se debe considerar que estamos ante un contrato de trabajo (Toyama Miyagusuku J. , 2012).

3.3.1. La simulación absoluta

La simulación absoluta está prevista como causal de nulidad en el numeral 5 del artículo 219° del CC. De acuerdo al artículo 190 del mismo Código, nos encontramos ante un supuesto de simulación absoluta en los casos donde “se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo”.

Javier Neves Mujica señala que: “la simulación supone una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio, con propósito de engaño a terceros, persiguiendo

un fin lícito o ilícito”. En este caso, hay capacidad para actuar, manifestación de voluntad, pero no se aprecia una concordancia entre voluntad interna y declarada.

En ese sentido, la simulación, es una discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, producida por un acuerdo previo de ambas partes. Si no existe este acuerdo, estamos ante “un mero disfraz que, por carencia de causa, determina la inexistencia del contrato”.

En materia laboral, usualmente se denomina a esta institución como “Desnaturalización” del contrato y la consecuencia, en el marco del principio de primacía de la realidad, es que existe un Contrato de trabajo a plazo indeterminado.

3.4. Vicios de la voluntad en materia laboral

De acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 221°, los supuestos de vicios del consentimiento son tres: error, dolo y violencia. Aun cuando se declare la nulidad del contrato de trabajo, no corresponde la devolución de la remuneración del trabajador para evitar que se configure un enriquecimiento indebido del empleador.

Estos son los supuestos de vicios del consentimiento:

a. El error

En doctrina se distinguen dos tipos de error: “obstativo” y vicio. Sobre el primero, este se produce cuando la declaración de voluntad se ha emitido correctamente pero se verifica una equivocación en la propia declaración del agente, es decir, un

error en la transmisión. La consecuencia que prevé la doctrina es la nulidad.

De otro lado, estamos ante un error vicio cuando la voluntad se formó de manera inadecuada, sobre la base de representaciones que no correspondían a la situación de hecho o de derecho.

b. El dolo

Cuando una de las partes laborales, producto del engaño, celebra un contrato de trabajo, puede emplear los mecanismos que prevé la normativa para anular el mismo (artículo 210 del CC). Así por ejemplo, el profesor Jorge Toyama señala que puede ser que el contrato de trabajo que contiene una serie de obligaciones que debe realizar el trabajador a cambio de una prestación inexistente del empleador, quien, de esta forma, engañó a la contraparte.

CUARTA PARTE: EL RETIRO DE CONFIANZA COMO FORMA DE DESPIDO Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

I. REGIMEN DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

1.1. Aspectos generales

Nuestra Constitución, en su artículo 27°, reconoce a todos los trabajadores el derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario. Tal y como lo ha indicado Carlos Blancas Bustamante, la posición jurídica del trabajador de confianza ante el despido sin causa o el fundado en una causa justa, solo tiene sentido cuando el régimen prevaleciente es la estabilidad. (Blancas Bustamante, 2013)

Adicionalmente, el artículo antes señalado encuentra su desarrollo legislativo en la LPDL que en su artículo 34° señala:

“El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su discapacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario 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 (...)”

En ese sentido, nuestra legislación laboral, en concordancia con los Tratados Internacionales ratificados por el Perú y con nuestra Constitución, reconoce al despido arbitrario como aquel que no se basa en una causa justa y que, “ha de reputarse como ilegítimo dentro de nuestro ordenamiento aun cuando este le reconozca efectos extintivos” (Arce Ortiz, 2015)

1.2. El despido del trabajador de dirección o de confianza en el Perú

Como se puede advertir, la LPCL no contiene normas especiales relativas a la extinción de la relación laboral del personal de dirección o de confianza, ello se debe a que el esquema general de protección frente al despido que esta ley otorga se limita a reconocer el derecho del trabajador despedido arbitrariamente a obtener como reparación, una indemnización. En ese sentido, bajo la ley vigente y entendiéndose los criterios del Tribunal Constitucional, la indemnización es la única reparación a que pueden aspirar los trabajadores de confianza.

En referencia a la extinción de la relación laboral de esta clase de trabajadores, existe una corriente de opinión que considera que, por ña naturaleza de su función, no es necesario justificar aquella en la existe de una “causa justa” de despido, bastando alegar el “retiro” o la “pérdida” de la confianza. Como se puede advertir de esta figura, el retiro de confianza significa una apreciación subjetiva. Por ello, en relación al despido de los trabajadores que ocupan cargos de dirección o de confianza, se plantean tres cuestiones esenciales, las cuales son (Blancas Bustamante, 2013):

- a. Si el cese por retiro de confianza es una causa de extinción de la relación laboral distinta al despido y por tanto no se rige por las reglas aplicables a este.
- b. Si, admitiendo que el retiro de confianza no es una causal de extinción de la relación laboral autónoma del despido, puede, no obstante, considerarse como una causa justa de despido.
- c. Si, descartando que el retiro de confianza sea una causa justa de despido, el despido por este motivo constituye, entonces, un

supuesto de despido incausado, lesivo de derechos constitucionales, que puede ser reparado mediante la reposición.

1.3. El retiro de confianza, ¿Causa justa de despido?

El retiro de confianza no puede constituir una causa autónoma, sino que al ser una decisión unilateral por parte del empleador, entonces estamos frente a un despido arbitrario.

La doctrina señala que no cabe formular una distinción válida, entre “despido” y “cese por retiro de confianza” pues, en ambos casos, la extinción del vínculo laboral del trabajador tiene origen en el acto unilateral del empleador que de motu propio pone término al contrato de trabajo, lo que solo definirse como “despido”.

En nuestro ordenamiento no se encuentra fundamento legal sobre el retiro de confianza como causa válida y legal de extinción del contrato de trabajo.

El Artículo 16 de la LPCL enumera de manera taxativa las causas de extinción del contrato de trabajo, y entre éstas no incluye ningún supuesto de “retiro de confianza”

1.4. La pérdida de la confianza: Vulneración de derechos constitucionales

La jurisprudencia constitucional, considera procedente la reposición del trabajador, vía el proceso de amparo, cuando el despido es incausado, pues ello, supone la violación del derecho fundamental al trabajo, conforme a su interpretación acerca del contenido esencial del “derecho al trabajo”.

Para la calificación de un despido como arbitrario o nulo, y su reparación, respectivamente, mediante la indemnización o la

reposición, anda tiene que ver el hecho de que el trabajador será común o tenga un cargo de confianza, pues la distinción entre el despido “arbitrario” o el despido nulo radica, exclusivamente, en la naturaleza del motivo o causa del despido, y no de la función o posición jerárquica del trabajador en la empresa.

Por tanto, el trabajador de dirección o de confianza puede ser objeto de un despido “arbitrario”, cuando se le imputa una causa justa que luego no se demuestra, en cuyo caso tendrá derecho a una indemnización; y, asimismo puede ser objeto de un despido nulo, cuando el motivo de éste implica la lesión de alguno de los derechos fundamentales implícitos en los supuestos de hecho enumerados, en el artículo 29° de la LPCL, en cuyo caso tendrá la reposición.

De acuerdo con Elmer Arce Ortiz, “el retiro de confianza es un motivo con una fuerte dosis de subjetividad que sin duda agravia el derecho al trabajo y el principio de tipicidad en el despido, al no estar el retiro de confianza tipificado como causa justa en la LPCL” (Arce Ortiz, 2015)

II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL RETIRO DE CONFIANZA COMO FORMA DE DESPIDO

2.1. Criterio adoptado por el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ratifica en su sentencia del 15 de marzo de 2007 (Expediente N° 3501-2006-PA/TC) que, en caso el empleador invoque como motivo del cese “el retiro de confianza” de un trabajador de dirección y confianza, este solo tiene derecho a indemnización, y no a la reposición. Ello debido a la trascendencia y a la gravitación que tiene la participación de dichos

trabajadores en la marcha de la empresa, que hace que la pérdida de la confianza respecto a su trabajo, constituya razón suficiente para su retiro de la empresa.

Sin embargo, en el caso de trabajadores de confianza o de dirección que accedieron a dichos cargos por promoción o ascenso decidido por el empleador y aceptado por el trabajador, la “pérdida de la confianza” no determina la terminación de la relación de trabajo (cese de la empresa), sino que el trabajador deberá retornar al puesto o cargo que desempeñó antes de la referida designación (Ulloa Millares, 2015).

2.2. Sobre el derecho del trabajador de confianza a la reposición

En la sentencia recaída en el Expediente N°3501-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional afirma que el trabajador que desempeña un cargo de dirección o confianza y es cesado por “retiro de confianza” solo tiene derecho a reclamar el pago de la indemnización por despido arbitrario, pero no su reposición por la vía del proceso de amparo. La reposición únicamente procede si el trabajador calificado como de dirección o confianza fue promovido, una vez despedido, deberá regresar a su puesto de origen.

2.3. El debido proceso en el despido de un trabajador de dirección o de confianza

El despido de un trabajador de confianza por causal de retiro de confianza, importa hablar de un supuesto de vulneración del derecho al debido proceso y al principio de razonabilidad.

De conformidad con el Artículo 31 de la LPCL, “El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda

defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.”

La omisión de este procedimiento, destinado a que el trabajador ejerza su derecho de defensa, configura, a criterio del Tribunal Constitucional, una violación del derecho al debido proceso. Asimismo, con relación al contenido y alcances del derecho al debido proceso el TC precisa que: “El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquieren los derechos de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones” (STC N° 0090-2004-AA/TC, Fj. 25).

El procedimiento previo al despido, regulado por el artículo 31° de la LPCL tiene por finalidad permitir el derecho de defensa del trabajador. La existencia de este procedimiento posibilitará descartar que el despido obedece a una arbitrariedad, esto es que carece de motivación objetiva y demostrable, pues, conforme al artículo 22° de la LPCL, el despido del trabajador solo puede estar fundado en motivos relacionados a su capacidad o a su conducta, los cuales en cualquier caso, deberán ser explicitados y comunicados al trabajador, para que este ejerza su defensa.

2.4. Reposición del trabajador promovido

El TC afirma en su sentencia N 3501-2006 que: “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 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”

En ese sentido, de acuerdo con los criterios del Supremo intérprete de la Constitución, los trabajadores de confianza ocupan puestos jerárquicos relevantes y que laboran de manera directa con el personal de dirección sí tienen derecho de reposición frente a un despido por retiro de confianza.

Por lo señalado anteriormente, teniendo en cuenta que la pérdida de la confianza” es una causal subjetiva que no tiene asidero legal, no es posible que un personal de dirección o de confianza pierda el derecho a solicitar su reposición por la vía judicial, Se podría entender que el personal de dirección podría no ser repuesto debido a su posición privilegiada que ocupa en la empresa, situación que no ocurre necesariamente con personal de confianza, quien válidamente puede solicitar la reposición o indemnización, según sea el caso. (Campos Torres, 2008)

Los trabajadores de confianza (en posiciones de jerarquía o contacto directo con personal de dirección) que no tuvieron dicha condición desde el inicio de su relación laboral, tienen derecho de reposición en caso de despido por retiro de confianza al cargo inmediatamente anterior a aquel de confianza que ocupaban o uno equivalente que no sea de dirección ni de confianza en los términos desarrollados.

2.3. Definición de términos básicos.

2.3.1. Entidad Pública

Constituye entidad pública todo aquel organismo con personería jurídica perteneciente al Gobierno Central, Gobierno Regional y Gobierno Local, asimismo, se incluye a Organismos Públicos Descentralizados autónomos y empresas creadas por el Estado, son creadas por norma expresa y ejercen funciones dentro del marco de sus competencias y atribuciones, mediante la administración de recursos públicos con el fin de contribuir con el bienestar público general.

2.3.2. Indemnización por despido arbitrario

Se denomina indemnización a aquella compensación económica que recibe una persona como consecuencia de haber recibido un perjuicio de índole laboral, moral, económica. En este caso, la indemnización es otorgada producto de un despido intempestivo, llevado a cabo por el empleador

2.3.3. Trabajador de confianza en el Sector privado

El trabajador de confianza bajo los lineamientos del régimen de la actividad privada comprende al trabajador de dirección y de confianza, el primero es aquel que tiene las plenas facultades de representación y decisión; mientras que el segundo trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección y tienen acceso a información confidencial, únicamente coadyuvan a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos.

2.3.4. Empleado de confianza en el Sector Público

El numeral 2 de artículo 4° de la Ley Marco del Empleo Público define al empleado de confianza de la siguiente manera: “Es aquel que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

2.3.5. Régimen laboral privado

Fue creada con la finalidad de permitir a los empresarios hacer frente a la crisis económica por la que atravesaba el país. Para ello, se relativizó la estabilidad laboral absoluta, se otorgó la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental y contratos para obra o servicios y se amplió las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo la posibilidad de ceses colectivos.

2.3.6. Retiro de confianza

El retiro de confianza de un trabajador de dirección constituye despido, no obstante que se trata de un derecho del empleador previsto en el artículo 9° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, puesto que este afecta la estabilidad relativa que tienen los trabajadores de esta categoría, lo cual tendrá como efecto el pago de la indemnización correspondiente.

2.3.7. Extinción de contrato laboral por mutuo disenso

Significa que ambas partes (trabajador y empleador) han llegado un acuerdo para resolver el contrato de trabajo de manera consensual, este acuerdo debe constar por escrito o en la liquidación del trabajador, de acuerdo como lo estipula el reglamento del D.S. 003-97-TR.

2.3.8. Fraude a la ley.

Es aquella realización de una estafa por medio de un acto o negocio jurídico amparándose en una normativa existente contrarios a la ley, se basa principalmente en, mediante mecanismos astutos quebrantar la ley generando así un desplazamiento patrimonial a favor del sujeto accionante.

2.3.9. Fraude Laboral.

Puede considerarse como una expresión genérica, que incluye todas las formas de evasión del cumplimiento total o parcial del Derecho del Trabajo, formando el cuadro de la llamada patología jurídica. Dentro de este concepto amplio, el fraude laboral específico tiene una acepción más restringida. Referida a la búsqueda de caminos indirectos para eludir el cumplimiento de la Ley a través de negocios reales.

CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS

3.1. Formulación de la hipótesis

La decisión de una entidad pública de otorgar una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada, al cual se le ha retirado la confianza, constituye fraude laboral cuando se sustituye una extinción del vínculo laboral por mutuo disenso, entre el trabajador y el titular o responsable de la entidad, por una simulación de despido arbitrario para obtener dicho derecho indemnizatorio.

3.2. Operacionalización de variables

VARIABLE	DEFINICION CONCEPTUAL	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	ITEMS
Otorgamiento de indemnización por despido arbitrario a empleado de confianza del Sector Público sujeto al Régimen de la actividad privada a quien se le ha retirado la confianza	INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO Atributo económico derivado del perjuicio personal y moral, cuya función es resarcir un daño causado al trabajador frente a un despido intempestivo.	Despido incausado Despido fraudulento Despido nulo	Estabilidad laboral relativa Estabilidad laboral absoluta	¿Cuándo procede el otorgamiento de una indemnización por despido arbitrario? ¿Cuántas remuneraciones comprenden una liquidación por despido arbitrario?
	TRABAJADOR DE CONFIANZA Es aquella categoría especial por la cual un trabajador ya sea del Sector Privado o del Sector Público, goza de características especiales, ya sea en el régimen laboral en el que se encuentre, debido a su especial naturaleza jurídica.	Dentro del Sector Privado Dentro del Sector Público	Trabajador de dirección y de confianza, regulado en el Art 43° Empleado de confianza, regulado en el numeral 2, Art. 4° de la Ley Marco del empleo Público	¿Gozan de estabilidad laboral relativa o absoluta? ¿Los empleados de confianza en el Sector Público y Privado tienen la misma

		Regímenes laborales	D.L. N° 728 D.L. N° 276	naturaleza jurídica? ¿Todos los trabajadores de confianza son de libre designación y remoción?
	<p>RETIRO DE CONFIANZA Constituye una forma de extinción del contrato de trabajo. Es de naturaleza subjetiva y comprende la reposición al centro de trabajo o una indemnización por despido arbitrario, según sea el caso.</p>	Protección ante el despido arbitrario	<p>Criterios jurisprudenciales</p> <p>Forma de despido con carácter subjetivo</p>	<p>¿El retiro de confianza es un despido incausado?</p> <p>¿Los trabajadores de dirección tienen derecho a ser repuestos?</p> <p>¿El Tribunal Constitucional ha establecido una regla general al respecto?</p>
Fraude en materia laboral	Engaño realizado por el trabajador o empleador con la finalidad de generar un beneficio económico para sí, utilizando figuras jurídicas como sustento.	<p>Simulación laboral</p> <p>El mutuo disenso como causa de fraude laboral</p>	<p>Casos dentro de la administración Pública</p> <p>Indemnizaciones derivadas de despidos inexistentes</p> <p>Principio de primacía de la realidad y de buena fe</p>	<p>¿El acuerdo entre empleador y trabajador de simular un despido constituye fraude laboral?</p> <p>¿Existen implicancias penales?</p>

CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. Tipo de diseño de investigación.

Transeccional o transversal: Descriptiva Correlacional-causal, porque describirá la relación existente entre la variable independiente y la variable dependiente en un momento determinado.

4.2. Material de estudio.

4.2.1. Unidad de estudio.

- Criterio de abogados especialistas, cuyas opiniones serán de vital importancia para determinar los alcances de las figuras jurídicas analizadas en la presente investigación.
- Criterio adoptado por el Tribunal Constitucional.
- Investigación realizada por el Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo al Servicio de Administración Tributaria de Trujillo (SATT).

4.2.2. Población

- Criterio de abogados especialistas en Derecho Individual y procesal del Trabajo.
- Criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Constitucional respecto al retiro de confianza como forma de despido.

- Investigación realizada por el Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo al Servicio de Administración Tributaria de Trujillo(SATT) en el año 2012, sobre pagos de indemnizaciones por despido arbitrario a empleados de confianza.

4.2.3. Muestra

- Criterio de abogados especialistas en Derecho Individual y procesal del Trabajo de reconocida trayectoria nacional.
- Criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Constitucional respecto al retiro de confianza como forma de despido, recaído en el expediente N° 3501-2006.
- Investigación realizada por el Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo al Servicio de Administración Tributaria de Trujillo(SATT) en el año 2012, mediante Informe Especial N° 007-12-2-424/OCI, sobre pagos de indemnizaciones por despido arbitrario a empleados de confianza.

La muestra de la presente investigación es de tipo no probabilística, toda vez que, la elección de los elementos integrantes, depende de las condiciones que permiten hacer el muestreo.

4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.

4.3.1. Para recolectar datos.

Técnicas

- **Entrevista:** Se recurrió a la mencionada técnica, con el objetivo de recopilar doctrina, criterios, opiniones y, jurisprudencia nacional, mediante la conversación con los entrevistados. Esta entrevista estuvo dirigida a abogados especialistas en Derecho Individual y Procesal del Trabajo del ámbito local y nacional.
- **Análisis de contenido:** Se recurrió a esta técnica, con la finalidad de obtener información, doctrinaria, legislativa, y, jurisprudencial nacional, mediante el uso de fichas bibliográficas, para así poder estructurar la temática de la presente investigación.
- **Estudio de casos:** Se recurrió a dicha técnica, con el fin de analizar los pronunciamientos de los Órganos jurisdiccionales respecto al tema de investigación.

Instrumentos

- **Fichas Bibliográficas:** Instrumento que permitió analizar los datos obtenidos mediante el uso de fichas de registro textual y parafraseo, las mismas que contienen la temática del presente trabajo, así como las opiniones y criterios de los doctrinarios y la jurisprudencia nacional, en relación a las instituciones jurídicas a desarrollar, y el tema materia de investigación.
- **Guía de entrevista:** Instrumento que permitió analizar la información recolectada en las entrevistas efectuadas a los abogados especialistas en derecho individual y procesal del Trabajo, de reconocimiento local y nacional: con el fin de

obtener criterios y opiniones e información empírica, respecto al tema desarrollado en la presente investigación.

- **Guía de estudio de caso:** Por medio de este instrumento se analizó el Informe Especial N° 007-12-2-424/OCI. Realizado por el Órgano de control institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo al Servicios de Administración Tributaria de Trujillo (SATT), sobre pagos de indemnizaciones por despido arbitrario a empleados de confianza
- **Guía de análisis jurisprudencial:** Instrumento que permitió analizar los fundamentos que establece el Tribunal Constitucional para considerar el pago de una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza

4.3.2. Para analizar información.

Técnicas

- **Método de Análisis-Síntesis:** Se aplicó este método, a fin de poder evaluar, de manera separada cada uno de los componentes de la realidad del tema a investigar, así como evaluar, de manera ordenada y sistematizada la información obtenida de la bibliografía recaudada en la presente investigación.
- **Método hermenéutico:** Se empleó el referido método, para la correcta interpretación de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional sobre el tema de investigación.

- **Método Deductivo:** Se aplicó el mencionado método, toda vez que, la temática de la presente investigación se planteó de las instituciones jurídicas generales a las específicas.
- **Sistema Microsoft Ms Office 2013:** Se utilizó esta herramienta informática con la finalidad de procesar el contenido e información temática y empírica obtenida.

Instrumentos

- **Programa Word 2013:** Se utilizó el presente programa, a fin de efectuar el procesamiento de texto.
- **Programa Power Point 2013:** Se recurrió a dicho programa, con la finalidad de presentar la investigación de una manera didáctica y entendible.

CAPÍTULO 5. RESULTADOS

5.1. ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES

	Principio de primacía de la realidad	Principio de buena fe laboral
<p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS: Análisis documental</p>	<p>A partir de lo señalado por la doctrina, se determina que el principio en mención es uno de los más importantes dentro del ámbito laboral, ya que ha sido incorporado para separar lo señalado por un contrato de trabajo y lo que pasa en la realidad. Así pues, de todas las percepciones sobre este principio, el más claro es la definición dada por el profesor Javier Neves Mujica, quien señala que ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Asimismo, es ineludible no citar dentro de la obtención de los resultados a la opinión del maestro Américo Pla, quien señala que este principio se</p>	<p>En síntesis, el principio de buena fe es una directriz aplicada en toda rama del derecho, es una regla general del derecho y busca entablar una vía de comunicación entre el derecho y la moral social y ética. Se debe precisar que este es un principio que ha sido reconocido por nuestra Constitución.</p> <p>El profesor Víctor Anacleto Guerrero da una definición amplia respecto a la aplicación de este principio en las relaciones de trabajo, el autor señala: “Este principio se refiere a la conducta a que deben ajustarse las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, ya se refieran a la celebración, ejecución o extinción de la relación; el mismo comprende el deber de actuar con fidelidad. Los</p>

	<p>da en el caso discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, deba darse preferencia a lo primero, es decir, lo que ocurre en el terreno de los hechos</p> <p>Al respecto, del análisis de las demás posiciones de la doctrina, catedráticos como Toyama y Haro Carranza resaltan que por este principio las relaciones laborales permiten resolver conflictos, las inspecciones laborales por ejemplo.</p> <p>El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia recaída en el expediente 944-2002-AA(TC y señala: "(...)Significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos(...)"</p> <p>Sobre su función antifraude, todos los autores citados</p>	<p>obliga a un modo de obrar tanto en lo que se refiere a las obligaciones de cumplimiento, como éticas: honesto, leal, prudente, veraz, diligente, fiel al cumplimiento contraído, que deshecha todo engaño y perjuicio, y exige ausencia de trampas, abusos".</p> <p>Cuando hablamos de principios del derecho de trabajo es inevitable presentar la opinión dada por el catedrático uruguayo, quien sobre el principio de buena fe señala que: "El principio de buena fe tiene connotación no sólo en las obligaciones patrimoniales, sino también en las personales, con el fin de crear un ambiente laboral estable en un contexto de confianza recíproca."</p> <p>Dentro de la relación laboral entre empleador y trabajador de confianza, si el trabajador de confianza no tenía la calidad de confianza y el empleador tenía</p>
--	---	--

	sustentan que por el principio de primacía de la realidad se busca proteger la verdadera identidad de los contratos de trabajo, los derechos y sus beneficios sobre los posibles casos de simulación en el reconocimiento de una relación laboral.	conocimiento de esto y lo hizo creer tal situación y lo despide utilizando la figura del retiro de confianza, se estaría incurriendo en una vulneración al principio de buena fe. El principio de buena fe es un deber tanto del empleador como del trabajador.
--	--	--

TABLA 1: ¿Cómo se da la implicancia de los principios de primacía de la realidad y buena fe laboral en las relaciones laborales?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p>Juan Carlos Cortés Carcelén <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente Ejecutivo de SERVIR)</i></p>	
<p>Javier Neves Mujica <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal y decanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.)</i></p>	Es totalmente un acto antiético y que vulnera el principio de primacía de la realidad así como el de buena fe, en tanto las verdaderas obligaciones de las partes no se cumplen.
<p>Jorge Toyama Miyagusuku <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Profesor principal de la PUCP. Profesor en la U. Pacífico y U. de Piura. Director de Revista Soluciones Laborales)</i></p>	La vulneración a estos principios, en el caso que planteas es obvia, en principio, la acción que realizan no se acomoda a la realidad, que es la simulación de un despido; por otro lado, la no aplicación del principio de buena fe se ve reflejada en el actuar debido de las obligaciones de ambas partes del contrato de trabajo.
<p>Daniel Ulloa Millares <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de maestría de Relaciones Laborales en la PUCP)</i></p>	Claramente la vulneración de estos principios se da ante el incumplimiento de obligaciones entre trabajador y empleador, en este caso, el titular de la entidad, quien es el responsable primario.

5.2. CONTENIDO ESENCIAL SOBRE EMPLEADOS DE CONFIANZA

<p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS: Análisis documental</p>	<p>Teniendo en cuenta lo desarrollado en esta investigación y en atención a la aplicación de los instrumentos pertinentes, se tiene que, a partir de lo señalado por la doctrina, un empleado de confianza es considerado como una categoría especial dentro del derecho de trabajo. Se encuentra regulado dentro del Artículo 43° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad laboral a dos clases: trabajadores de dirección y trabajadores de confianza. Según Néstor de Buen, “el concepto de trabajador de confianza es un concepto difícil. Es un trabajador cuyas características especiales y tratamiento es diferencial con respecto a ciertos derechos de los demás trabajadores”.</p> <p>Se advierte que tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen de forma muy clara a los trabajadores de dirección de los trabajadores de confianza, los primeros tienen capacidad de representación y de decisión, entre otras facultades a las de un empleador; por otra parte el trabajador de confianza es aquel que si bien se desarrolla dentro del ámbito de la confianza del personal de dirección o empleador, no goza de ciertas facultades. Asimismo, se debe recalcar que a diferencia de los trabajadores ordinarios, éstos gozan de ciertos derechos, el más resaltante es su estabilidad de salida.</p> <p>Una opinión muy acertada al respecto es la del profesor Carlos Blancas Bustamante, quien señala que el trabajador de confianza integra una categoría especial dentro de los servidores de la empresa, en razón de las funciones que cumple colaborando directamente con el empleador en la dirección, organización y administración de su actividad económica.</p>
--	--

Los criterios jurisprudenciales han determinado que les alcanza la estabilidad relativa más no la absoluta. Sin embargo debe analizarse el cargo desempeñado por el trabajador de confianza. Un trabajador de dirección es considerado un trabajador de confianza sin embargo esta situación no se puede dar a la inversa. Se determinó mediante el análisis de la legislación, que para la calificación de un trabajador de dirección y confianza debe efectuarse con ciertos criterios, como por ejemplo: El empleador identificará y determinará los supuestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la ley; comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan dichos puestos que sus cargos han sido calificados como tales y finalmente debe consignar en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente. Debe precisarse que de no cumplirse con esta calificación, no afecta en que un trabajador haya sido reconocido como tal, su inobservancia no enerva no reconocimiento de su naturaleza.

De acuerdo a Jorge Toyama Miyagusuku, hablar de empleado de confianza en el Sector Público, a grosso modo, es como hablar del trabajador de dirección dentro de los alcances del D.L. N° 728, por su capacidad de representación y de decisión.

Respecto al empleado de confianza dentro del sector público, se obtuvo una definición bastante clara a partir de la revisión de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, en la cual en su artículo 4° considera al empleado de confianza como aquel que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve

libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

De forma general se entiende, luego del análisis-síntesis realizado, que el acceso a la administración pública se logra por concurso público o designación en puestos de confianza, una vez ubicado en tu cargo, se procede a establecer bajo qué régimen laboral se regirá el contrato de trabajo, ya sea D.L. 276, D.L. 728 o D.L. 1057.

En tal sentido debe precisarse que cuando un empleado de confianza es contratado bajo los alcances de la ley de bases de la carrera administrativa no gozarán de ninguna estabilidad laboral de salida. Diferencia bien marcada con aquellos trabajadores de confianza que se encuentran dentro de los alcances del régimen de la actividad privada.

TABLA 2: ¿Considera Ud. que la naturaleza jurídica de un trabajador de confianza en el sector privado y en sector público es la misma respecto a su libre designación y remoción?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p>Juan Carlos Cortés Carcelén <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente Ejecutivo de SERVIR)</i></p>	<p>Un personal de confianza en el Sector Público, tiene distinta acepción que un trabajador de confianza en el Sector privado, debido al índole político de por medio.</p>
<p>Javier Neves Mujica <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal y decano de la Pontificia Universidad Católica del Perú.)</i></p>	<p>En principio sí, son trabajadores que resuelve, toman decisiones, que acompañan en las decisiones que son tomadas por el empleador. El empleado de confianza del Sector Público, está sujeto básicamente a criterios políticos.</p>
<p>Jorge Toyama Miyagusuku <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Profesor principal de la PUCP. Profesor en la U. Pacífico y U. de Piura. Director de Revista Soluciones Laborales)</i></p>	<p>Hablar de empleado de confianza en el Sector Público es como hablar, a groso modo, de personal de dirección en el Sector Privado. Si éstos se encuentran bajo los alcances del régimen público, entonces son de libre designación y remoción, no existiendo estabilidad alguna, ej. Ministros. Otro es el caso respecto de aquellos que se encuentran dentro del régimen privado, quienes deben ser indemnizados pues el retiro de confianza no está regulado como causa de despido.</p>
<p>Daniel Ulloa Millares <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de maestría de Relaciones Laborales en la PUCP)</i></p>	<p>Si bien, en ambos casos se rigen por la confianza depositada en una persona, creo que el sector público tiene un contenido que no aparece en el sector privado. Hay vacíos que deberían ser objeto de una mejor regulación.</p>

5.3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO DISENSO Y SU IMPLICANCIA COMO FORMA DE FRAUDE LABORAL

<p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS: Análisis documental</p>	<p>En términos generales, de lo analizado en la doctrina, se tiene que la figura del mutuo disenso se encuentra regulada en nuestro Código Civil en el Artículo 1313° y prescribe lo siguiente: “Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado”.</p> <p>El mutuo disenso también es conocido como resiliación, el cual es un término utilizado en el derecho francés. Esta institución jurídica es una forma de extinción de las obligaciones, pero a pesar de la amplitud con la que define el Código Civil, según la cual se permite resolver un acto jurídico preexistente, se debe precisar que el mutuo disenso no es un modo genérico de extinguir obligaciones, sino más bien extinguir obligaciones derivadas de los contratos. Este modo de extinción tiene lugar únicamente en los contratos bilaterales o plurilaterales (Se entiende que se incluye el contrato de trabajo, al ser de naturaleza bilateral), ya que en los contratos unilaterales (o de prestación unilateral) se aplicaría la condonación de la deuda. En síntesis, se determina que sólo es posible que se configure el mutuo disenso cuando se ha llevado a cabo un contrato bilateral o plurilateral.</p> <p>De acuerdo a lo sustentado por Julio E. Haro Carranza, señala que el mutuo disenso es el acto por el cual el empleador y el trabajador deciden dar por resuelto el contrato de trabajo. A su vez, Jorge Toyama Miyagusuku y Luis Vinatea Recoba señalan que la extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso es la posibilidad que tienen tanto el empleador como el trabajador de dar término al</p>
--	---

vínculo laboral, es decir, ambas partes llegan a un acuerdo para resolver el contrato de trabajo de manera consensual. Este acuerdo debe constar por escrito en un convenio o en la liquidación de beneficios sociales. (Toyama Miyagusuku & Vinatea Recoba, Guía laboral, 2015).

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha emitido jurisprudencia muy clara, señalando que la renuncia voluntaria luego de firmar un convenio de terminación de contrato de trabajo por mutuo disenso entre el trabajador y el empleador extingue el vínculo laboral. Así lo decidió en la sentencia recaída en el Expediente N° 00344-2011-PA/TC. (Tribunal Constitucional, 2011)

Ahora, para tener en claro cómo un acuerdo de mutuo disenso puede tener implicancia en un acto de fraude o simulación en materia laboral se analizó la figura del fraude a la ley, en principio de manera general, analizándolo desde las situaciones dadas en el campo civil, hasta llegar al campo del derecho del trabajo.

Así pues, Brebbia, define al fraude como “aquella maniobra engañosa mediante la cual se pretende eludir una prohibición legal, o causar un daño a terceros o bien lograr ambos propósitos al mismo tiempo”. (Brebbia, 1995)

El fraude en materia laboral se da, de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, tanto por parte del empleador como del trabajador. El empleador al tener el poder de dirección, frente a un trabajador desinformado puede llevar a cabo actos de simulación, como por ejemplo, encubrir un contrato de trabajo por un contrato de locación de servicios; asimismo, no reconocer un contrato indeterminado cuando el contrato laboral que se ha suscrito es de carácter temporal. Por parte del trabajador, realizar un acto de injuria

	<p>contra su empleador para que se genere un despido intempestivo y así poder hacer cobro de una indemnización resarcitoria.</p> <p>Pues bien, el analisis de esta figura y de la realidad problemática no solo ha arrojado fraude en materia laboral de manera independiente, sino que muchas veces esta defraudación se puede dar de manera conjunta. Un claro ejemplo es aquella que se deriva de un despido maquillado por un mutuo disenso con el fin de procurarse para sí cuantiosas indemnizaciones, esta situacion es muy recurrente dentro del aparato estatal, con los trabajadores de confianza que están sujetos al régimen de la actividad privada.</p> <p>El despido arbitrario, o mejor llamado dentro de la figura de los empleados de confianza, como “retiro de confianza” es la mejor forma de encubrir una extinción de contrato de trabajo por mutuo acuerdo. El fraude laboral es claro y deberá ser probado, tanto en sede administrativo o en su defecto en un juicio por fraude en materia laboral. Al respecto, especialistas en el derecho laboral en la ciudad de Trujillo como Orlando Gonzales Nieves y Javier Reyes Guerra, señalan que este es un acto muy recurrente y de naturaleza meramente defraudatoria, agregando tambien que estos actos de fraude implican no solo una violación al ordenamiento juridico laboral, sino a un código de ética que todo empleado de la administración pública, debe considerar.</p>
--	---

TABLA 3: ¿Constituye fraude si las partes utilizan la figura del retiro de confianza para maquillar el mutuo acuerdo y el trabajador pase a otra entidad pública con una indemnización de un despido inexistente?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p>Juan Carlos Cortés Carcelén (Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente Ejecutivo de SERVIR)</p>	<p>Yo no diría que hay un fraude a la ley sino más bien una interpretación parcial de las normas, la cual perjudica al erario nacional. Clara es la vulneración al principio de buena fe laboral, pues el accionar se da a partir de una conducta defraudadora.</p>
<p>Javier Neves Mujica (Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal y decanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.)</p>	<p>El fraude existiría en el evidente caso en que haya una conexión entre la extinción y el ingreso, sólo en ese supuesto. El factor determinante es que mi salida de la entidad 1 tenga una relación esencial con mi ingreso en la entidad 2. Es un despido inexistente, cubriendo una renuncia para justificar una indemnización. Es totalmente un acto antiético y que vulnera el principio de primacía de la realidad así como el de buena fe, en tanto las verdaderas obligaciones de las partes no se cumplen.</p>
<p>Jorge Toyama Miyagusuku (Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Profesor principal de la PUCP. Profesor en la U. Pacífico y U. de Piura. Director de Revista Soluciones Laborales)</p>	<p>El mutuo disenso no genera indemnización, sin embargo muchas entidades públicas tienden a otorgarlas. Si las partes utilizan la figura del retiro de confianza para encubrir un real acuerdo de extinción del contrato por mutuo acuerdo, entonces estamos frente a un caso de simulación o fraude. No es un tema de legalidad, sino de probanza, se debe probar que el trabajador, para no irse a otra entidad con las manos vacías se hace despedir, es un acto grotesco de defraudación.</p>
<p>Daniel Ulloa Millares (Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de maestría de Relaciones Laborales en la PUCP)</p>	<p>Sí, siempre y cuando se acredite o deduzca que el cese del primer cargo fue motivado por la nueva oferta laboral. Debe verse caso por caso. Claramente la vulneración de estos principios se da ante el incumplimiento de obligaciones entre trabajador y empleador, en este caso, el titular de la entidad, quien es el responsable primario.</p>

TABLA 4: ¿Si un trabajador de confianza del Sector Público es removido de su puesto y hace cobro de la IDA y posteriormente ingresa nuevamente a trabajar para el Estado pero por concurso público, estaría cometiendo fraude a la ley?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p>Juan Carlos Cortés Carcelén <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente Ejecutivo de SERVIR)</i></p>	<p>El criterio que Servir ha establecido es que las personas que ingresan como personal de confianza no tienen derecho a la indemnización, en cuanto han ingresado a la administración pública como parte de la cuota de disposición del Jefe de la Entidad, y que lo han hecho temporalmente mientras esté quien deposito en él esa confianza. Al respecto, el Consejo Directivo aprobó hace varios años una interpretación vinculante. Esta posición luego ha sido ratificada en la Ley de Servicio Civil y en sus reglamentos.</p>
<p>Javier Neves Mujica <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal y decanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.)</i></p>	<p>No se configura fraude en ningún momento, ni aun así este trabajador no haya ingresado nuevamente por un concurso público, la reconexión en otra entidad no genera fraude, como dije, debe existir conexión entre ambas entidades. No se puede vulnerar el derecho constitucional de trabajo.</p>
<p>Jorge Toyama Miyagusuku <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Profesor principal de la PUCP. Profesor en la U. Pacífico y U. de Piura. Director de Revista Soluciones Laborales)</i></p>	<p>En esta situación no existe fraude, toda vez que no existe razón alguna que impida que el trabajador acceda a otra entidad pública al haber cobrado su indemnización, sería un fundamento ilógico no otorgarle cierto derecho porque éste “puede” que pase a otra entidad Pública donde el Estado sigue siendo su mismo empleador. Claro está que con la simulación o fraude, viene la vulneración de principios, en este caso el de buena fe y el de primacía al maquillar una figura por otra.</p>
<p>Daniel Ulloa Millares <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de maestría de Relaciones Laborales en la PUCP)</i></p>	<p>Definitivamente no, ya que este trabajador está ejerciendo su libre derecho al trabajo, en base a un concurso público y no un puesto de confianza. Sin embargo, debería preverse la posibilidad de alguna devolución del monto recibido en estos casos de reingreso inmediato. Aunque el concurso podría atenuar o eliminar esa obligación.</p>

5.4. CRITERIO ADOPTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
	Retiro de confianza como forma de despido
	<p>Sobre el presente resultado, es de importancia señalar que la doctrina desarrollada sobre el retiro de confianza, nace a partir de lo señalado en las diferentes sentencias que ha emitido el Tribunal Constitucional, pero específicamente en la sentencia recaída en el Expediente N°3501-20006.</p> <p>Se advierte que este Órgano Supremo ha reconocido al Retiro de confianza como una forma de despido, es un despido incausado, ya que el criterio por el cual un empleador extingue el vínculo laboral es meramente subjetivo y no objetivo, es decir, no encuentra sustento legal alguno dentro del régimen de la actividad Privada.</p> <p>Sobre la posición del TC respecto al retiro de confianza de un trabajador de dirección o de confianza, señala que, a éstos les alcanza el derecho a ser indemnizados mas no a ser repuestos. La excepción se da toda vez que el trabajador de confianza haya sido promocionado de un cargo anterior que haya estado ejerciendo, en este caso sí podrá solicitar la reposición a su puesto.</p> <p>La doctrina ha señalado que el retiro de confianza, es un acto totalmente lesivo a los derechos fundamentales del trabajador, en el sentido que no se recurre a la aplicación formal del procedimiento de despido regulado en la LPCL; asimismo, el profesor Carlos Blancas Bustamante señala que se vulnera el debido proceso.</p> <p>Del análisis jurisprudencial se advierte que el Tribunal Constitucional ratifica en su sentencia del 15 de marzo de 2007 (Expediente N° 3501-2006-PA/TC) que, en caso el empleador invoque como motivo del cese “el retiro de confianza” de un trabajador de dirección y confianza, este</p>
<p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:</p> <p>Análisis documental y jurisprudencial</p>	

solo tiene derecho a indemnización, y no a la reposición. Ello debido a la trascendencia y a la gravitación que tiene la participación de dichos trabajadores en la marcha de la empresa, que hace que la pérdida de la confianza respecto a su trabajo, constituya razón suficiente para su retiro de la empresa.

Así también, conforme a estos dos lineamientos expuestos por el Tribunal Constitucional, se reconoce que se busca proteger a los trabajadores de confianza mediante la aplicación de la estabilidad relativa; sin embargo, del análisis de otras sentencias se puede advertir que el criterio de reposición a trabajadores de confianza por parte del Tribunal Constitucional, muchas veces depende del cargo que ocupa el trabajador de confianza.

Es claro que, la situación de los empleados de dirección es distinta y se podría entender que no les alcanza el derecho a ser repuestos por su misma naturaleza privilegiada.

En síntesis, gracias a lo establecido en la sentencia N° 3501-2006, el Tribunal Constitucional frente a la evidente vulneración del artículo 27 de la Constitución Política debió pronunciarse, señalando si correspondía al demandante la indemnización por despido arbitrario, cuyo pago se haría efectivo en la vía judicial ordinaria correspondiente, de no realizarse dentro del plazo establecido.

TABLA 5: De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en los últimos años respecto al retiro de confianza como forma de despido, ¿Qué opinión le merece estos criterios?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p>Juan Carlos Cortés Carcelén <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente Ejecutivo de SERVIR)</i></p>	<p>Las sentencias del TC y de la Corte Suprema en algunos casos no han sido del todo claras en hacer una diferencia entre el régimen laboral privado y las normas de empleo público que se aplican. En muchos casos, solo han aplicado el régimen privado sin ponerse a evaluar cuáles son las consideraciones para el sector público, de ahí por ejemplo, exista tanta resistencia del Poder Judicial al caso Huatuco.</p>
<p>Javier Neves Mujica <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal y decanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.)</i></p>	<p>Es razonable, siempre y cuando se defina dirección y confianza con rigor, pues si como empleador le perdiste la confianza a tu asesor, reponerlo no sería algo adecuado, más bien la estabilidad relativa sería más comprensible. Es claro que el retiro de confianza es una forma de despido incausado.</p>
<p>Jorge Toyama Miyagusuku <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Profesor principal de la PUCP. Profesor en la U. Pacífico y U. de Piura. Director de Revista Soluciones Laborales)</i></p>	<p>Bueno, es acertada, respecto a la estabilidad laboral que adquieren, es decir la relativa, sin embargo, debe tenerse en cuenta que cuando el TC analiza los cargos, muchas veces ha repuesto trabajadores de confianza, ej. A un jefe de recursos humanos. Es más que obvia señalar que el retiro de confianza es una forma de despido arbitrario.</p>
<p>Daniel Ulloa Millares <i>(Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de maestría de Relaciones Laborales en la PUCP)</i></p>	<p>Me parece equivocado pues todos los vinculados por un contrato laboral tienen derecho al trabajo. La protección podrá ser diferente (reposición o indemnización) pero todos merecen alguna, tal como lo prevé el art. 27 de la Constitución. Para el caso de los trabajadores del Estado, al ser un empleador peculiar, se discutiría que pueda haber una atenuación en el disfrute del derecho.</p>

TABLA 6: ¿Qué barreras legales serían las adecuadas a fin de evitar la realización de estas maniobras en la administración pública?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p>Juan Carlos Cortés Carcelén (Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente Ejecutivo de SERVIR)</p>	<p>Que las Entidades Públicas no realicen interpretaciones parciales de los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de sacar provecho económico.</p>
<p>Javier Neves Mujica (Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal y decanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.)</p>	<p>Eso solo se puede conseguir con un pacto de no competencia que establezca que por haber trabajado como empleado de confianza, conoces asuntos de confidencialidad y por lo tanto no puedes ir ahora a otra entidad Pública de manera inmediata, este pacto debe ser expreso, compensado, temporal y justificado.</p>
<p>Jorge Toyama Miyagusuku (Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Profesor principal de la PUCP. Profesor en la U. Pacífico y U. de Piura. Director de Revista Soluciones Laborales)</p>	<p>Dos son las opciones que podría sugerir, en principio, el periodo de sospecha, se presume que si en un periodo no menor a 3 meses pasas a otra entidad, has cometido fraude o simulación, entonces tendría que devolver el dinero. La otra opción es que si se prueba que existió simulación o fraude sea el tiempo que sea, el trabajador deberá realizar la devolución del dinero.</p>
<p>Daniel Ulloa Millares (Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de maestría de Relaciones Laborales en la PUCP)</p>	<p>En principio, Una mejor regulación de los casos de reingreso al sector público. Debe mediar cierto tiempo desde el momento que el empleado público ha sido indemnizatorio, considero, entre 6 meses y un año, teniéndose en cuenta que el trabajador tiene una indemnización máxima de doce remuneraciones como concepto de indemnización por despido arbitrario.</p>

5.5. RESPECTO AL INFORME ESPECIAL N° 007-2012-424/OCI

<p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:</p> <p>Análisis y estudio de caso</p>	<p>Del análisis del informe obtenido, se advierte que se realizó un Examen Especial al Servicio de Administración Tributaria de Trujillo-SATT con la finalidad de determinar si este Órgano descentralizado venía administrando correctamente sus recursos y el de la recaudación de los ingresos de la Municipalidad Provincial de Trujillo(en adelante MPT) durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2010, por las unidades orgánicas examinadas: Jefatura, Asesoría Jurídica, Gerencia de administración y las oficinas de Recursos humanos, Abastecimiento, Contabilidad y Tesorería.</p> <p>El fundamento de hecho que dio pie a la auditoría realizada por el Órgano de control institucional (en adelante OCI) de la MPT y que en particular sirvió para el desarrollo de la presente investigación fue la indemnización irregular por despido arbitrario a personal del SATT designado en puestos de confianza, afectando económicamente a la institución por un importe total de S/. 613628.77. Estas indemnizaciones a las cuales se hace referencia, se realizó a 19 ex funcionarios de confianza que cesaron entre el periodo 2007 al 2011. De estos 19 ex funcionarios de confianza que fueron cesados, 14 de ellos, al momento de ser designados en cargos de confianza, ya se encontraban laborando dentro de la Institución con más de cuatro años de servicio, y los cinco restantes fueron elegidos directamente para ocupar dichos cargos de confianza. Se debe precisar que el vínculo laboral de estos trabajadores de confianza era el régimen de la actividad privada (D.L. 728).</p>
--	---

	<p>Pues bien, de acuerdo al informe en cuestión, estas indemnizaciones fueron otorgadas tras el cese de todos estos trabajadores; sin embargo, cabe mencionar que se ha verificado en liquidaciones, que algunas no fueron pagadas directamente, sino se les descontó por la existencia de préstamos bancarios vigentes.</p> <p>Se observó dos situaciones particulares que generaron que el órgano de control interno inicie la auditoría, en primer lugar determinar por qué los trabajadores de confianza que ya laboraban en la entidad no retornaron a sus puestos, sino que fueron indemnizados; y segundo, por qué se les indemnizó a los trabajadores que fueron contratados de manera directa a la institución.</p> <p>Respecto a los descargos realizados por uno de los responsables del hecho en controversia, se observa que fundamentó su tesis señalando que el pago de indemnizaciones se realizó respetando las normas vigentes y los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en sus diferentes sentencias; sin embargo, también señala que los trabajadores que fueron promocionados a un puesto de confianza no fueron repuestos ya que fueron despedidos por causa grave, hecho que el OCI determinó como insustancial ya que no se acreditó en la resolución de cese que ese era el motivo.</p> <p>Por último, se determinó la existencia de un daño económico en perjuicio del SATT, derivado de estas indemnizaciones y se responsabilizó tanto a los gerentes del SATT como a los jefes de las áreas antes mencionadas. El OCI recomendó iniciar las acciones judiciales pertinentes con la finalidad de que los responsables respondan por las indemnizaciones otorgadas.</p>
--	--

CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN

6.1. ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES: PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD Y BUENA FE LABORAL

De los resultados obtenidos, principalmente de la doctrina analizada, se puede advertir de forma muy general que el derecho del trabajo ha ido evolucionando a lo largo de nuestra historia de manera notable, tanto en su desarrollo normativo como jurisprudencial. El Perú no ha sido ajeno a estos cambios y no es novedoso señalar que en las últimas décadas uno de los protagonistas de la reformatión y restructuración laboral ha sido el Tribunal Constitucional. Los criterios del Supremo intérprete de la Constitución han dado como resultado, precedentes de observancia obligatoria relacionados a la jornada de trabajo, constitucionalidad de regímenes laborales, nuevos efectos del despido, etc.

En tal sentido, y como toda rama de las ciencias jurídicas, el derecho del trabajo se rige bajo principios o directrices que sirven para recubrir aquellos vacíos y/o enunciados normativos por los cuales no se logra determinar de manera integral un conflicto en específico.

A partir de lo señalado, entendemos que los principios del derecho laboral cumplen funciones esenciales dentro del desarrollo de los conflictos suscitados en la sociedad. En el marco teórico del presente trabajo se menciona tres funciones que cumplen los principios dentro del derecho del trabajo, estas son: la función de dirección, función interpretativa y la función integradora; así pues, los principios del derecho de trabajo toman forma toda vez que cumplan estas tres funciones esenciales.

El derecho laboral ha sido el partícipe principal de la implementación del principio de primacía de la realidad como uno de los pilares más efectivos en la resolución de controversias, ya que por este principio se da cabida a aceptar

una verdad representada por hecho y no por apariencias o acuerdos formales, es así que el profesor Guerrero Figueroa señala que lo que interesa es lo que suceda en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

Al respecto, lo establecido por el profesor Javier Neves Mujica es la definición más acertada y completada sobre el principio de primacía de la realidad, pues él señala en un primer punto, que la aplicación de este principio no sólo se da en el derecho del trabajo, sino ante cualquier situación en que se produzca discordancia entre los sujetos de derecho. En ese sentido, explica también que la verdadera esencia de este principio está en la determinación de la naturaleza de determinada obligación nacida de un contrato más no de la denominación.

El concepto dado por el maestro Américo Plá Rodríguez, si bien, resulta ser muy sucinto, es una de las definiciones más completas y que ha permitido que gran parte de la doctrina lo segmente y forme un gran rompecabezas para un mejor entendimiento de este principio. El jurista uruguayo, señala que este principio ordena que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, deba darse preferencia a lo primero, es decir, lo que ocurre en el terreno de los hechos.

Este principio no cuenta con una normativa de rango constitucional, éste ha sido reconocido en la Ley general de Inspección del Trabajo, específicamente en el número 2, del artículo segundo, el cual señala: “Artículo 2°. Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo: (...) 2. Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.”.

En síntesis, cuando no existe correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o se consignó en documentación, debe darse primacía a la

verdad de los hechos sobre la apariencia. Debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional también se ha encargado de definir este principio de manera muy clara y precisa en la sentencia recaída en el Expediente N° 944-2002-AA/TC: “(...) Significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.”

Al avocarnos de manera integral a lo que nos ocupa, descubrir la existencia de un fraude en una relación de carácter laboral significa buscar la ineludible aplicación del principio de primacía de la realidad, toda vez que, este principio, cumple una función antifraude, por la cual se debe identificar las irregularidades devenidas de una simulación o fraude. Para el caso en particular, la simulación de una extinción de contrato de trabajo de una forma por otra, deberá determinarse únicamente mediante este principio, es decir, que dicen los hechos y qué es lo que se ha establecido mediante una resolución de contrato laboral.

Por otra parte, hablar del principio de buena fe, no significa tocar un tema exclusivo del derecho del trabajo, sino que es una regla general del derecho, el cual busca fomentar la buena conducta de las partes en una relación con finalidad jurídica. Como ya se dijo en el desarrollo del marco teórico, este principio es reconocido constitucionalmente y exige de forma obligatoria a que las autoridades públicas y la ley, a que se presuma la buena fe en todo tipo de actuaciones de los particulares. Compartimos la definición del profesor Víctor Anacleto Guerrero, quien señala que “Este principio se refiere a la conducta a que deben ajustarse las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, ya se refieran a la celebración, ejecución o extinción de la relación; el mismo comprende el deber de actuar con fidelidad. Los obliga a un modo de obrar tanto en lo que se refiere a las obligaciones de cumplimiento, como éticas: honesto, leal, prudente, veraz, diligente, fiel al cumplimiento contraído, que deshecha todo engaño y perjuicio, y exige ausencia de trampas, abusos” (Guerrero, 2012). Asimismo, compartimos la

opinión del jurista Javier Arévalo Vela, quien señala que el principio de buena fe está presente en la relación laboral, desde su inicio hasta su extinción.

En atención a la presente investigación, la falta de buena fe es la que produce actos de fraude o simulación, ya que se vulnera totalmente el ambiente pacífico y confidencial que debe existir, principalmente porque un servidor público no está abocado solamente a intereses de carácter personal, sino que su primer objetivo es cumplir su función de manera responsable, velando por el bienestar general de la sociedad.

En base a lo señalado en los resultados obtenidos de la aplicación de las entrevistas, se puede interpretar que, para el caso en concreto, el profesor Javier Neves Mujica, señala que existe una clara vulneración del principio del principio de primacía de la realidad y de buena fe, en tanto el cumplimiento de las obligaciones de las partes de la relación no se cumplen, constituyendo así un acto antiético y totalmente defraudador. Javier Neves, señala que el acto de indemnizar a un empleado de confianza del Estado, sujeto al régimen de la actividad privada, al cual se le ha retirado la confianza, no constituye fraude a la ley en materia laboral.

Por su parte el profesor Jorge Toyama Miyagusuku considera que en el caso planteado, la vulneración a estos principios es clara, en principio, la acción que realizan no se acomoda a la realidad, que es la simulación de un despido; por otro lado, la no aplicación del principio de buena fe se ve reflejada en el actuar debido de las obligaciones de ambas partes del contrato de trabajo.

A su vez, el profesor Daniel Ulloa Millares, señala que la transgresión del principio de buena fe se da ante el incumplimiento de la correcta conducta del empleado de confianza y del titular de la entidad estatal, posición con la cual concordamos, ya que, la esencia fundamental de este principio es prevalecer la buena conducta y fomentar el ambiente de confianza en las relaciones laborales.

6.2. CONTENIDO ESENCIAL SOBRE EMPLEADOS DE CONFIANZA

Uno de los temas principales en la presente investigación fue dar a conocer los alcances fundamentales respecto a la figura de los empleados de confianza en el Perú, es por eso que se desarrolló un amplio capítulo dentro del marco teórico, considerando dentro de esta categoría especial a aquellos trabajadores de confianza del sector privado y del sector público, así como también, los regímenes laborales en los que se encuentran inmersos.

Pues bien, como se dijo en un inicio, la palabra confianza importa encargar o poner al cuidado de algún negocio o de algo a determinada persona en razón de su capacidad, conducta o rectitud. Es por eso que cuando una empresa en formación está creciendo, necesita personal al cual se le atribuya mayor complejidad en sus responsabilidades, estos trabajadores están íntimamente vinculados con los empleadores u otros jefes que tienen potestad de decisión en la empresa.

Nuestro ordenamiento jurídico laboral, en su decreto legislativo N° 728, incluyó dos categorías especiales dentro de las divisiones que se hacían entre los trabajadores, de esa manera, nace la figura de los trabajadores de dirección y de confianza.

El trabajador de confianza, como ya se mencionó, es una categoría excepcional y especial de empleados, y es reconocida tanto en la doctrina nacional como en la internacional. Néstor de Buen, uno de los mejores laboristas en el último siglo, se encarga de definir a los trabajadores de confianza, señalando que: “El concepto de trabajador de confianza es un concepto difícil. Es un trabajador cuyas características especiales y tratamiento es diferencial con respecto a ciertos derechos de los demás trabajadores”. Por otra parte, compartimos la opinión del profesor español Manuel Palomeque López, quien señala que lo que caracteriza a la relación laboral de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial; que el personal de alta

dirección ha de actuar con poder correspondiente al núcleo organizativo de la empresa y a sus objetivos generales.

Al respecto, autores peruanos como Carlos Blancas Bustamante enseñan que el trabajador de confianza integra aquella categoría especial dentro de los servidores de la empresa y que se caracteriza fundamentalmente por la colaboración directa con el empleador en la dirección, organización y administración de su actividad económica. A opinión nuestra, esta última definición es la más completa y acertada, por la cual se da definición a la verdadera esencia de lo que significa un trabajador de confianza.

Como ya se dijo anteriormente, los trabajadores de confianza se subdividen a su vez en dos sub categorías, los empleados de dirección y los empleados de confianza. Respecto al primero, son aquellos que gozan de poder de decisión o de representación. Estos trabajadores tienen capacidad para contratar personal, modificar los contratos de trabajo, pagar las retribuciones y, eventualmente, despedir a los trabajadores de la empresa que representa. El profesor Jorge Toyama Miyagusuku señala que los que pueden ser considerados en estos cargos son: gerentes, vicepresidentes, corporativos, jefes, directores, subdirectores, subgerente, etc.

Es el Artículo 43° de la LPCL quien define a los empleados de dirección: como “aquel que ejerce la representación legal del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o 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.”. A partir de esta definición, se concluye que todo trabajador de dirección es de confianza y que goza de facultades de representación, decisión, administración y control.

Sobre el trabajador de confianza, la bibliografía es más amplia y completa, sin embargo, obtenidos los resultados mediante la aplicación del método de

análisis y síntesis se determinó definir al trabajador de confianza de una manera más sucinta.

El trabajador de confianza es aquella persona que por razón de su jerarquía, lealtad y naturaleza de su actividad dentro de la empresa, adquiere responsabilidad basada en la confianza y en la íntima relación con el empleador o el personal de dirección. Pueden ser considerados en estos cargos a las secretarías de gerencia, quienes si bien no tienen poder de decisión, tienen acceso a información confidencial.

Así pues, el segundo párrafo del artículo 43° de la LPCL, define la especial naturaleza del vínculo laboral del trabajador de confianza: “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.”

La calificación de un trabajador de confianza importa una serie de presupuestos que deben ser cumplidos ya que se encuentran establecidos en el reglamento del D.S. 003-97-TR; sin embargo, su inobservancia no afectan la omisión del proceso de calificación, es decir, se da prevalencia a la aplicación del principio de primacía de la realidad. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia recaída en el Expediente N° 746-2003-AA/TT, señalando 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 ésta se acredita (...)”

Es menester señalar que los trabajadores de dirección y de confianza gozan de los mismos derechos y beneficios que los trabajadores ordinarios, ya que

si bien son de “confianza”, existe un vínculo laboral que los relaciona; sin embargo, estos derechos a los que son acreedores se ven limitados por su misma calidad.

Sobre la diferencia de estas categorías, es acertada la opinión del profesor Jorge Toyama Miyagusuku, quien señala que, resulta más sencillo identificar a los trabajadores de dirección, en tanto estos ocupan un puesto jerárquico y sus cargos están en las posiciones altas de los organigramas. En cambio, resulta más complicado identificar a un trabajador de confianza que, aun siendo tal, se encuentra en una posición en la cual tiene un contacto directo con personal jerárquico y cuyas opiniones o trabajo influencia de manera directa la toma de decisiones empresariales.

Sobre los empleados de confianza en el Sector Público, se debe determinar que éstos han sido reconocidos en el numeral 2 del artículo 4° de la Ley Marco del Empleo Público, el cual lo define como aquel que desempeño cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público, se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad.

Como bien se sabe, por regla general, el acceso a la administración pública es por concurso público, sin embargo, la ley ha establecido una excepción en el caso de los empleados de confianza, quienes son designados libremente de acuerdo al criterio del funcionario público a cargo de la entidad estatal.

Un empleado de confianza perteneciente a la administración pública, puede estar regido bajo distintos regímenes laborales, ya sea el D.L. 276, Ley de bases de la carrera administrativa; el D.L. 728, régimen de la actividad privada y el D.L. 1057, que regula a los trabajadores CAS (Contrato administrativo de servicios).

Es de suma importancia citar el aporte del profesor Javier Dolorier Torres señala que la Ley Marco del Empleo Público estipula que los Empleados de Confianza “pueden ser designados o removidos libremente”, lo cual significa

que el empleador (titular de la Entidad Pública) puede decidir de forma libre, en primer lugar, otorgarle la confianza a un trabajador y designarlo como empleado de confianza y posteriormente, revocar la confianza otorgada y remover al funcionario del cargo en que fue designado, mas no puede interpretarse que este acto no tenga como consecuencia aquella prevista en nuestro ordenamiento laboral, cual es el pago de una indemnización por despido arbitrario. (Dolorier Torres & Villaseca Hernandez, 2011)

Según cierta parte de la doctrina, el tratamiento a un empleado de confianza del Sector Público, sujeto al régimen laboral privado no debería ser el mismo que el que se le da al empleado de confianza que se encuentra bajo el mismo régimen laboral, toda vez que en el primer caso, no solo está de por medio el interés personal de las partes sino el correcto cumplimiento para dar un buen servicio a la sociedad y generar un ambiente de bienestar general; mientras que en las relaciones de carácter privado, los intereses son particulares, el empleador, busca el crecimiento económico a través de su actividad empresarial, y el trabajador, con la utilización de su capacidad, satisfacer sus necesidades por medio de la remuneración que percibe. En conclusión, no existe un criterio uniforme sobre la materia, es más, el Tribunal Constitucional muchas veces no ha sabido expresar de manera clara cuál es la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza.

Sobre la naturaleza jurídica de los empleados de confianza y sobre su libre designación y remoción, el doctor Juan Carlos Cortés Carcelén señaló que un empleado de confianza del sector público y del sector privado conllevan en sí una gran diferencia respecto a su índole político. Por su parte, el profesor Javier Neves Mujica señaló que en un primer momento sí, pues son trabajadores que resuelven, toman decisiones, que acompañan en las decisiones que son tomadas por el empleador. El empleado de confianza del Sector Público, está sujeto básicamente a criterios políticos. Al respecto lo señalado por Jorge Toyama Miyagusuku se acerca de manera más clara a la

idea que supone la libre designación y remoción de esta categoría de trabajadores, el profesor Toyama señala: “Hablar de empleado de confianza en el Sector Público es como hablar, a grosso modo, de personal de dirección en el Sector Privado. Si éstos se encuentran bajo los alcances del régimen público, entonces son de libre designación y remoción, no existiendo estabilidad alguna, ej. Ministros. Otro es el caso respecto de aquellos que se encuentran dentro del régimen privado, quienes deben ser indemnizados pues el retiro de confianza no está regulado como causa de despido”. Por otro lado, el profesor Daniel Ulloa Millares sostiene que si bien, en ambos casos se rigen por la confianza depositada en una persona, creo que el sector público tiene un contenido que no aparece en el sector privado. Hay vacíos que deberían ser objeto de una mejor regulación.

6.3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO DISENSO Y SU IMPLICANCIA COMO FORMA DE FRAUDE LABORAL

Como bien se ha estudiado y obtenido en los resultados de la presente investigación, existen formas de extinguir un contrato de trabajo, entre ellas, se encuentran las que se dan por causas válidas y legales, reconocidas en nuestro ordenamiento normativo, y por otro lado, la extinción del contrato por medio del despido arbitrario.

La extinción es aquel acto por el cual se disuelve el vínculo laboral, cesando definitivamente todos los derechos y obligaciones, tanto del trabajador como del empleador. Esta extinción se realiza a solicitud del trabajador, por decisión de la empresa o por causas no imputables a ambas partes.

En el presente apartado hacemos referencia a aquellos supuestos válidos de extinción que no generan indemnización alguna. En primer lugar, cuando la extinción del vínculo laboral, ya sea en el sector público o privado, se da por el retiro voluntario o renuncia del trabajador, éste está obligado a dar aviso por escrito con anticipación no menor a 30 días, los cuales pueden ser

exonerados por iniciativa del empleador o a pedido de solicitud del trabajador (para el caso de los que se rigen bajo el régimen de la actividad privada). Este tipo de extinción del contrato de trabajo es claro que no genera una indemnización por despido arbitrario en favor del trabajador, toda vez que la decisión de dar por terminado el vínculo laboral ha sido por parte de este último y de forma unilateral.

Por otro lado, la doctrina y la legislación nos enseña que una forma válida de extinción de la relación laboral es por jubilación forzosa, la cual es obligatoria cuando este llega a determinada edad y pueda acceder a una pensión de jubilación, esta jubilación puede ser diferida o automática y sus efectos no generan indemnización alguna. Asimismo, tenemos la extinción del contrato de trabajo por invalidez absoluta permanente, la cual es considerada como la incapacidad sobrevenida al trabajador por un accidente o enfermedad y que le imposibilita realizar el trabajo por el cual fue contratado. Esta causa debe ser reconocida por EsSalud o el ministerio de salud y no genera indemnización alguna.

Con relación a lo que nos compete, tenemos al mutuo disenso o mutuo acuerdo, el cual viene a ser aquella causal de extinción del contrato por la cual, tanto el empleador como el trabajador pronuncian su voluntad para dar fin a la relación laboral. Como bien se observa en los resultados, el mutuo disenso se encuentra reconocida en el Código civil, en el Artículo 1313°. El profesor Rómulo Morales Hervías, señala que el mutuo disenso no es un contrato modificatorio ni resolutorio ni revocatorio, sino es un contrato extintivo del contrato celebrado originalmente con eficacia retroactiva y por eso es una manifestación de la autonomía privada en cuanto poder abstracto de crear, modificar y extinguir normas privadas. Así pues, se entiende que el mutuo disenso se inserta perfectamente en la definición de contrato, pero en su modalidad de disolución consensual del contrato; así como las partes se pueden vincular mediante un contrato, ellas mismas se pueden desvincular por un mutuo acuerdo de voluntades. Como bien sabemos el derecho civil guarda estrecha relación con el derecho laboral, y en ese sentido, tenemos

que al hablar de un contrato original hacemos referencia a un contrato laboral, cuyas obligaciones deben de ser de total cumplimiento por ambas partes.

En ese sentido, sobre el mutuo disenso como forma de extinción del contrato de trabajo, tenemos que, de acuerdo a Julio E. Haro Carranza, es el acto por el cual el empleador y el trabajador deciden dar por resuelto el contrato de trabajo. Como se dijo anteriormente, el mutuo disenso es un acto jurídico y debe constar por escrito o en todo caso debe constar en la liquidación por beneficios sociales. Muchas veces el empleador abona una cantidad extra en la compensación por tiempo de servicios, algo permitido pero que no es una regla general, mucho menos en el Sector Privado, ya que el titular de la entidad pública no puede disponer del presupuesto del órgano estatal.

Sobre el fraude en materia laboral, se conoce como significa aquella expresión genérica que incluye todas las formas de evasión del cumplimiento total o parcial del derecho del trabajo. El fraude a la ley frustra la finalidad de la norma, aunque el negocio es real e indirecto y tiende a buscar un resultado similar al que la norma prohíbe. Se produce cuando, amparado en una disposición legal, se obtiene un resultado prohibido por otra norma jurídica. El fraude no requiere la prueba de la intencionalidad, bastando con acreditar el resultado violatorio de la normativa imperativa aplicable, siendo fraudulento por el sólo hecho de violentar el orden público laboral.

Se debe precisar que el fraude es un concepto tomado del derecho civil, y tienen un significado diferente a la simulación; sin embargo, en el derecho laboral, ambos conceptos son utilizados de manera compuesta para referirse únicamente a un acto de defraudación, es decir, “simulación o fraude”

La situación controversial que planteamos, hace referencia a aquellos empleados de confianza del Sector Público que se encuentran bajo el régimen laboral de la actividad privada (D.L. N° 728) y que obtienen indemnizaciones por despido arbitrario devenidas de retiros de confianza inexistentes. La situación puede agravarse aún más cuando estos trabajadores utilizando esta

artimaña, cobran una monto indemnizatorio alto y posteriormente pasan a trabajar a otra entidad estatal de manera inmediata. Cierta parte de la doctrina señala que este acto no sólo constituye fraude en el sentido de maquillar un mutuo disenso por un despido arbitrario, sino porque además, pasar a otra entidad del Estado no significaría un retiro de la confianza, sino una reafirmación de esta, ya que el Estado continúa siendo tu empleador, de forma genérica.

En ese sentido, el fraude laboral que nosotros planteamos se da de la siguiente manera:

- Primero, una entidad pública decide designar como empleado de confianza a una persona para que ocupe una jefatura.
- Segundo, este trabajador de confianza, quien se encuentra bajo los alcances del régimen laboral común, tiene propuestas de trabajo en otro lugar o en otra entidad estatal, en donde tendrá una remuneración mayor a la que viene percibiendo y por lo tanto, si renuncia a su actual puesto de trabajo, sólo se le liquidarán sus beneficios correspondientes.
- Tercero, el trabajador a fin de sacar provecho colude con el titular del órgano estatal para que así su contrato no se extinga por este mutuo acuerdo o la renuncia, sino más bien, y aprovechando los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, por un retiro de confianza, lo cual implicaría una indemnización por despido arbitrario.
- Cuarto, si este acto se realizó y el empleado de confianza pasó de inmediato a otra entidad pública, entonces estaríamos frente a una situación polémica, dado los innumerables casos que han ocurrido en Essalud en la ciudad de Lima (Caso Barrios Ipenza).

Analizando las respuestas obtenidas de los especialistas en derecho laboral, podemos advertir que existe un criterio uniforme al considerar que este acto es fraudulento y que contraviene el verdadero sentido por el cual ha sido reconocida la indemnización por despido arbitrario a aquellos trabajadores a quienes se les ha retirado la confianza.

Para el profesor Javier Neves Mujica, el fraude existiría en el evidente caso en que haya una conexión entre la extinción y el ingreso. El profesor hizo hincapié en indicar que sólo en este caso se estaría realizando un acto de fraude o simulación, ya que si un trabajador es indemnizado porque se le retiro la confianza y por su buen rendimiento pasa a laborar a otra entidad, no ocurriría problema alguno, caso contrario se le estaría vulnerando su derecho al trabajo, reconocido por nuestra Constitución. En ese sentido, señaló que el factor determinante es que la salida de la entidad 1 tenga una relación esencial con el ingreso en la entidad 2. Es un despido inexistente, cubriendo una renuncia para justificar una indemnización. Asimismo, consideró que esta acción es un acto antiético y que vulnera el principio de primacía de la realidad así como el de buena fe, en tanto las verdaderas obligaciones de las partes no se cumplen.

Por su parte el profesor Jorge Toyama sostiene que el mutuo disenso no genera indemnización, sin embargo muchas entidades públicas tienden a otorgarlas. Si las partes utilizan la figura del retiro de confianza para encubrir un real acuerdo de extinción del contrato por mutuo acuerdo, entonces estamos frente a un caso de simulación o fraude. Señaló además que esta problemática no es un tema de legalidad, sino de probanza, se debe probar que el trabajador, para no irse a otra entidad con las manos vacías se hace despedir, concluyó que este es un acto grotesco de defraudación.

Daniel Ulloa Millares, luego de analizar la problemática, señala que se configura un fraude a la ley siempre y cuando se acredite o deduzca que el cese del primer cargo fue motivado por la nueva oferta laboral. Debe verse caso por caso ya que no en todas las situaciones la finalidad es sacar provecho económico.

Una opinión diferida fue la del Dr. Juan Carlos Cortés Carcelén quien no considera que ningún trabajador de confianza debe recibir indemnización alguna, ni aun así, este regido bajo el régimen de la actividad privada, en ese caso se evitaría cualquier tipo de fraude causando perjuicio económico. Sobre el particular, el Dr. Cortés señaló que no hay fraude a la ley sino una interpretación parcial de las normas lo cual perjudica al erario nacional, sostuvo además que Las sentencias del TC y de la Corte Suprema en algunos casos no han sido del todo claras en hacer una diferencia entre el régimen laboral privado y las normas de empleo público que se aplican.

Se planteó una interrogante a los entrevistados, referida a qué pasaría si un trabajador de confianza del Sector Público es removido de su puesto y hace cobro de una indemnización por despido arbitrario y posteriormente ingresa nuevamente a trabajar para el Estado pero por concurso público, estaría cometiendo fraude. Al respecto, el presidente ejecutivo de SERVIR, Cortés Carcelén, señaló que el criterio de Servir ha establecido que las personas que ingresan como personal de confianza no tienen derecho a la indemnización, en cuanto han ingresado a la administración pública como parte de la cuota de disposición del Jefe de la Entidad, y que lo han hecho temporalmente mientras esté quien deposito en él esa confianza. Al respecto, el Consejo Directivo aprobó hace varios años una interpretación vinculante. Esta posición luego ha sido ratificada en la Ley de Servicio Civil y en sus reglamentos.

Por otro lado, el profesor Javier Neves Mujica señaló que en este último supuesto no se configura fraude ya que la reconexión en otra entidad estatal no genera fraude alguno. A su vez, el maestro Jorge Toyama señaló que en la situación en mención no existe fraude, toda vez que no existe razón alguna que impida que el trabajador acceda a otra entidad pública al haber cobrado su indemnización, señala asimismo que sería un fundamento ilógico no otorgarle dicho derecho porque “puede” que pase a otra entidad Pública donde el Estado sigue siendo su mismo empleador. Claro está que con la

simulación o fraude, viene la vulneración de principios, en este caso el de buena fe y el de primacía al maquillar una figura por otra.

Finalmente, el profesor Daniel Ulloa Millares señaló que definitivamente no se configura fraude en el caso especial que se cuestiona, ya que este trabajador está ejerciendo su libre derecho al trabajo en base a un concurso público y no un puesto de confianza; sin embargo, hizo la salvedad que debería preverse la posibilidad de alguna devolución del monto recibido en caso de reingreso inmediato, aunque el concurso público podría atenuar o eliminar esta obligación.

6.4. EL RETIRO DE CONFIANZA COMO FORMA DE DESPIDO Y CRITERIO ADOPTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De los resultados obtenidos, se puede advertir que, quien ha desarrollado un vasto estudio sobre el retiro de confianza como forma de despido, ha sido el Tribunal Constitucional, teniendo como una de sus sentencias referentes, aquella recaída en el Expediente 3501-2006, de fecha 15 de marzo de 2007. Es con esta sentencia con que el TC, en sesión de Pleno Jurisdiccional, adopta una posición pedagógica y, a propósito del reclamo del subgerente de desarrollo de sistemas de una entidad financiera, trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada y despedido por retiro de confianza, señala que:

“3. Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la ST C 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del 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”.

La sentencia en cuestión, define al trabajador de confianza, así como describe la regulación incluida en la LPCL y su reglamento, para luego señalar:

“16. De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado (...).

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

Entendemos y de acuerdo a lo señalado por la doctrina, que este criterio también es de aplicación para aquellos trabajadores del sector público sujetos al régimen de la actividad privada, pues, si bien la Ley Marco del Empleo Público señala que estos trabajadores pueden ser designados o removidos libremente, bajo ningún motivo se puede afirmar que los trabajadores de confianza del Sector Público no tengan derecho al pago de una indemnización cuando son cesados por retiro de confianza, toda vez que ello implicaría una abierta vulneración a normas laborales y constitucional; más aún si la misma ley en su artículo 15 reconoce que el empleado público tiene derecho a una protección adecuada contra el despido arbitrario.

El criterio establecido por el Tribunal Constitucional no es uniforme, ya que si bien se ha reconocido que frente al retiro de confianza el trabajador puede ejercer su derecho a ser indemnizado, también se han podido ver que el Tribunal Constitucional ha considerado que el retiro de confianza es una razón especial concerniente al empleador, por lo tanto, el trabajador de confianza al ser contratado como tal, entonces siempre estará supeditado a su inestabilidad dentro de su empleo. Esta razón resulta ser

contraproducente con lo establecido en el Exp. 3501-2006, por tal motivo, consideramos que al ser el Tribunal Constitucional el órgano máximo en saber interpretar la Constitución, no debe dejar de lado lo establecido por el artículo 27° respecto a la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores. La realidad nos muestra que las instancias dentro del Poder Judicial sí otorgan indemnizaciones o reposiciones de acuerdo sea el caso, en las situaciones de retiro de confianza de empleados, tanto en el sector público o privado; sin embargo, la opinión del Tribunal Constitucional es la que debe regir y la que, a criterio propio, no es muy clara para saber determinar los derechos laborales de esta categoría de trabajadores.

6.5. SOBRE EL INFORME ESPECIAL REALIZADO POR EL OCI AL SATT

Del análisis del resultado obtenido, se ha determinado que el informe realizado por el Órgano de control Interno al Servicio de Administración Tributaria (en adelante SATT) es un gran aporte para reafirmar nuestra hipótesis, toda vez que el otorgamiento de indemnizaciones por despido arbitrario dentro de la administración pública, muchas veces no siempre se lleva a cabo obedeciendo los reales criterios del Tribunal Constitucional, sino que se realizan haciendo interpretaciones parciales que buscan favorecer económicamente a alguna de las partes.

El informe especial N° 007-2012-2-0424 es el resultado de el Examen especial realizado al SATT, cuya finalidad fue determinar si este Órgano descentralizado venía administrando correctamente sus recursos y el de la recaudación de los ingresos de la Municipalidad Provincial de Trujillo(en adelante MPT) durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2010, por las unidades orgánicas examinadas: Jefatura, Asesoría Jurídica, Gerencia de administración y las oficinas de Recursos humanos, Abastecimiento, Contabilidad y Tesorería. Asimismo, cabe precisar que la cobertura de este Examen especial fue ampliada a los periodos 2007 a

2011, debido a la trascendencia de los hechos que se venían revelando por parte de la Comisión de Auditoría.

El hecho principal por el cual este informe especial es un buen aporte a la presente tesis, es porque en éste se investigó el accionar de los responsables de la entidad antes referida, toda vez que se señala que se otorgaron indemnizaciones por despido arbitrario de forma irregular a personal de confianza del SATT, lo cual afectó económicamente a la institución por un total de S/. 613,628.77. El pago de estas indemnizaciones figura en las hojas de liquidación de los trabajadores de confianza, cuyos vínculos laborales fueron cesados en el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2007 al 31 de marzo del 2011. Así pues, se evidenció que estos pagos fueron realizados a 19 ex funcionarios, de los cuales 14 de ellos, al momento de ser designados en cargos de confianza, ya se encontraban laborando dentro de la Institución; y, los cinco restantes, fueron elegidos directamente para ocupar dichos cargos de confianza. Se debe precisar que el vínculo laboral de estos trabajadores de confianza era el régimen de la actividad privada (D.L. 728).

Ahora bien, lo controversial y polémico en este caso es que la Comisión auditora señala que estos pagos fueron realizados inobservando la legislación y jurisprudencia laboral, en el sentido que, cuando se retira la confianza a un empleado, éste debe ser repuesto en el puesto que ocupaba antes de ser promocionado, hecho que, en la presente situación no se dio.

El OCI considero subdividir la investigación en dos hechos: i) Se efectuaron indemnizaciones por despido arbitrario a trabajadores del SATT que fueron designados en cargos de confianza afectando económicamente a la entidad en S/. 596, 494.48. Sobre este primer punto, se cuestiona el hecho de no haber repuesto a aquellos trabajadores que fueron promocionados y se prefirió pagar una sospechosa indemnización. Muchos de los trabajadores que fueron indemnizados pasaron a otra entidad pública de manera inmediata

y algunos de ellos han regresado nuevamente a laborar en el SATT; ii) Pagos de indemnizaciones por despido arbitrario a personal nuevo que ingresó al SATT designado para ocupar cargos de confianza, afectaron económicamente a la entidad por un monto ascendente a S/. 17,134.29. Sobre este último punto, no consideramos controversia alguna, toda vez que efectivamente se les retiró la confianza, y al ser trabajadores que ingresaron de forma directa, sí les correspondía una indemnización por despido arbitrario; sin embargo, se debe tener en cuenta que cada entidad del Estado se rige bajo un presupuesto determinado el cual se debe respetar y debe ser proporcional a los gastos que realmente se requieren.

Respecto a los descargos realizados por uno de los responsables (Nils Ruiz Gómez) del hecho investigado, se observa que fundamentó su posición fundamentando que el pago de indemnizaciones se realizó respetando las normas vigentes y los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en sus diferentes sentencias; sin embargo, también señala que los trabajadores que fueron promocionados a un puesto de confianza no fueron repuestos ya que fueron despedidos por causa grave, hecho que el OCI determinó como insustancial ya que no se acreditó en la resolución de cese que ese era el motivo. Por otro lado, señala que ningún trabajador que fue indemnizado tuvo queja alguna ante dicha indemnización.

Por último, se determinó la existencia de un daño económico en perjuicio del SATT, derivado de estas indemnizaciones y se responsabilizó tanto a los gerentes del SATT como a los jefes de las áreas antes mencionadas. El OCI recomendó iniciar las acciones judiciales pertinentes con la finalidad de que los responsables respondan por las indemnizaciones otorgadas.

Se aprecia que, aunque el dinero abonado a estas personas no fue devuelto, se presume que se incurrió en un fraude laboral, en el sentido que, es sospechoso que primero se diga que se cesó de sus puestos a 14 funcionarios por cometer falta grave, reflejado en la realización de actos deshonestos y que posteriormente se quiera justificar las indemnizaciones señala que todo retiro

de confianza acarrea el pago resarcitorio por el despido arbitrario, pero, ¿No fue un despido por falta grave? Son interrogantes que la ciudadanía y los entes reguladores deben agendarlos como temas principales.

CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES

- Del estudio desarrollado, se concluye que la decisión de una entidad pública de otorgar una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada, al cual se le ha retirado la confianza, constituye fraude en materia laboral, cuando se sustituye una extinción del vínculo laboral por mutuo disenso, entre el trabajador y el titular o responsable de la entidad, por una simulación de despido arbitrario para obtener dicho derecho indemnizatorio.
- Se determinó que el principio de primacía de la realidad y el de buena fe laboral, tienen implicancia fundamental en el cumplimiento de las obligaciones en las relaciones laborales. Respecto al primero, prevalecen los hechos por sobre lo consignado en un acuerdo o resolución; por otra parte, el principio de buena fe laboral, es una regla general del derecho y su esencia radica en la conducta de las partes, ya sea en la celebración, ejecución o extinción del vínculo laboral.
- Sobre la figura de los empleados de confianza, se identificó que ésta es considerada una categoría especial dentro del ordenamiento jurídico laboral, tanto en el Sector privado como en el Sector Público. El artículo 43° de la LPCL se encarga de definir al personal dirección y de confianza. Por su parte, el numeral 2 del Artículo 4° de la Ley Marco del Empleo Público define al empleado de confianza dentro de la administración pública. Su libre designación y remoción se realiza en base a criterios meramente subjetivos.
- Se desarrolló el mutuo disenso como forma de extinción del contrato de trabajo, conceptualizándolo como aquella posibilidad que tienen tanto el

empleador como el trabajador de dar término al vínculo laboral. Respecto a su implicancia en el fraude laboral, es recurrente que se encubra un mutuo disenso por un despido incausado para realizar el cobro de una indemnización por despido arbitrario.

- Se analizó el criterio emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3501-2006 y se concluyó que la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, sujeto al régimen de la actividad privada, puede ser la relativa o a absoluta, lo cual depende del análisis de las funciones del cargo asignado al trabajador de confianza.

CAPÍTULO 8. RECOMENDACIONES

Dentro de una investigación tan ambiciosa como ésta, se desea que haya una mejora continua de estudios relacionados a este trabajo. Los casos de corrupción siguen latentes dentro de la administración pública; por lo tanto se recomienda a futuros investigadores de las ciencias jurídicas, buscar alternativas de solución que optimicen una mejor regulación normativa con el objetivo de trabar toda clase de hecho que atente contra la buena fe laboral.

En primer lugar, con la finalidad de frenar cualquier acto que configure fraude a la ley, se propone la implementación de un dispositivo legal dentro de la Ley Marco del Empleo Público-Ley N° 28175-en el cual se señale que para la reinserción de un trabajador a una nueva Entidad Pública, luego de haber salido de otra con una indemnización por despido arbitrario derivada del retiro de confianza, deberá mediar por lo menos 6 meses a fin de que su reingreso se haga efectivo. De probarse que el trabajador obtuvo dicho derecho indemnizatorio como causa de un fraude o simulación, éste deberá devolver el total del dinero que le fue otorgado, así como también, quedará inhabilitado para poder acceder a cargos dentro de la administración pública.

Por otra parte, se recomienda implementar la figura del periodo de sospecha como principal alternativa para frenar estos actos de corrupción. Esta extensión temporal, comprende que, si el trabajador de confianza es cesado e indemnizado y pasa a trabajar inmediatamente a otra entidad pública en un periodo corto de tiempo, se presumirá y se iniciará un proceso de investigación con el fin de determinar si éste incurrió en fraude laboral.

REFERENCIAS

- Alonso Olea, M. (2001). *Derecho del trabajo* (19 ed.). España: Civitas.
- Alva López, N. B. (Marzo de 2014). Tratamiento remunerativo de los trabajadores de confianza. *Soluciones Laborales*, 15-18.
- Anacleto Guerrero, V. (2012). *Manuel de Derecho del Trabajo*. Lima: Grijley.
- Arce Ortiz, E. (2015). *La Nulidad de Despido lesivo de Derecho Constitucionales* (Tercera ed.). Lima: Ubilex Asesores.
- Arevalo Vela, J. (2016). *Tratado del Derecho Laboral* (Primera edición ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Barajas Montes de Oca, S. (1992). *El contrato de trabajo*. México: Biblioteca Jurídica Unam. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/311/16.pdf>
- Bejarano, S. (2013). *es.scribd.com*. Obtenido de <http://es.scribd.com/doc/30291687/Principios-Del-Derecho-Laboral>
- Beltrán Larco, L. (2013). *tesis.pucp.edu.pe*. Obtenido de Problemática de la existencia de distintos regímenes de Contratación personal en el Perú: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4508/BELTRAN_LARCO_LUISA_CONTRATACION_PERSONAL.pdf?sequence=1
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El Despido en el Derecho Laboral peruano* (Tercera ed.). Lima, Lima, Perú: Jurista Editores.
- Brebbia, R. (1995). *Hecho y Actos Jurídicos* (Vol. TOMO II). Argentina: Astrea.
- Cabanellas Torres, G. (1988). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (2001). *Compendio de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Omeba Editores Libreros.
- Cabieses, G. (marzo de 2013). *www.elcato.org*. Obtenido de <http://www.elcato.org/la-revolucion-industrial-y-el-derecho-laboral>
- Campos Torres, S. R. (2008). Perdí la confianza en mi gerente ¿Es esta una causal válida para despedirlo? *Diálogo con la jurisprudencia*, 35-38.
- Carrillo Calle, M. (agosto de 2003). *dike.pucp.edu.pe*. Obtenido de http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/lab_art37.PDF
- Concha Valencia, C. R. (2014). *ANÁLISIS DE LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Escuela de Posgrado de la PUCP.
- Danos Ordoñez, J. (2008). El régimen de la carrera administrativa y la necesidad urgente de su reforma. En *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano* (págs. 499-543). Lima: Grijley.
- De Buen, N. (2000). *Los derechos del trabajador de confianza*. Mexico: Instituto de investigaciones jurídicas.
- De Lama Laura, M. G., & Gonzales Ramirez, L. A. (2010). *Desnaturalización de las relaciones laborales*. (S. laborales, Ed.) Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- De Las Casas, O. (2 de abril de 2012). *www.infocapitalhumano.pe*. Obtenido de <http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=42&t=la-perdida-de-confianza-como-causa-justa-de-despido-para-los-trabajadores-de-direccion>
- Dolorier Torres, J., & Villaseca Hernandez, F. (2011). La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza en el Sector Público sujetos al régimen de la actividad privada. *Actualidad Jurídica*, 293-299.

- Ermida Uriarte, O. (2011). *www.trabajo.gob.pe*. Obtenido de http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_23/doc_boletin_23_01.pdf
- Farfan Sousa, R. (2015). Apuntes respecto de la procedencia de indemnización por cese o despido. *Ius Et Veritas*, 306-319.
- García Manrique, A. (Noviembre de 2012). Consideraciones sobre el desplazamiento de personal en las entidades públicas sujetas al régimen laboral privado. *Soluciones laborales*, 133-138.
- Gonzales Ramirez, L. A. (Julio de 2015). Reposición laboral y entidades públicas bajo régimen laboral privado. *Actualidad Jurídica*(260), 206-213.
- Gozaini, O. (2003). *www.gozaini.com*. Obtenido de http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/buena_fe.PDF
- Guerrero Benites, D. (Setiembre de 2014). Elementos a tener en cuenta para analizar si un cargo es de confianza. *Actualidad Empresarial*, 8-9.
- Guerrero Figueroa, G. (1999). *Principios Fundamentales del derecho de trabajo*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Leyer.
- Guerrero, V. A. (2012). *Manual de Derecho del Trabajo*. Lima: Grijley.
- Gutierrez Gonzales, A. (2015). La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza. *IUS La revista*, 170-182.
- Haro Carranza, J. E. (2005). *El derecho individual del Trabajo* (Segunda edición ed.). Lima: RAO S.R.L.
- Irureta Uriarte, P. (05 de Septiembre de 2011). *www.scielo.cl*. Recuperado el 05 de Abril de 2016, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200007
- Jimenez Murillo, R. (2012). La designación y remoción de funcionarios en cargos de confianza de la Administración Pública. *Gestión Pública y Desarrollo*, A1-A4.
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (1987). *El Negocio Jurídico* (Segunda ed.). Lima: Librería Studium.
- Morales Hervías, R. (2007). Comentarios sobre el mutuo disenso. En C. 2. civil, *Código Civil Comentado, Tomo VI, Derecho de Obligaciones* (Segunda ed., págs. 623-626). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Neves Mujica, J. (2014). *Introducción al Derecho de Trabajo* (Segunda ed.). Lima: Fondo Editorial.
- Obregón Sevillano, T. (2009). Los trabajadores de Dirección y de confianza. *Actualidad empresarial*, V1-V4.
- Pacori Cari, J. (2012). *corporacionhirmservicioslegales.blogspot.pe*. Obtenido de <http://corporacionhirmservicioslegales.blogspot.pe/2012/07/el-principio-de-irrenunciabilidad-de.html>
- Palacio Pimentel, H. G. (1980). *Las obligaciones en el derecho civil peruano*. Lima: Universo.
- Palacio Pimentel, H. G. (1987). *Manual del Derecho Civil, Tomo II* (Segunda edición ed., Vol. 1). Lima, Perú: Huallaga EIRL.
- Palomeque López, M. (1998). *Derecho de trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces S.A.
- Paredes Espinoza, B. (Mayo de 2015). Calificación e implicancias sociolaborales de los trabajadores de confianza. *Actualidad Jurídica*, 225-231.

- Pasco Cosmópolis, M. (1994). *file:///C:/Users/user/Downloads/*. Obtenido de *file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-ElPrincipioProtectorEnElDerechoProcesalDelTrabajo-5084573%20(1).pdf*
- Plá Rodríguez, A. (1978). *Los principios del Derecho de Trabajo*. Uruguay: Ediciones Depalma.
- Podetti, H. A. (1991). *Los principios del Derecho de Trabajo*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/139/11.pdf>
- Portal, A. (Octubre de 2013). *www.infocapitalhumano.pe*. Obtenido de <http://www.infocapitalhumano.pe/recursos-humanos/alerta-legal/la-ley-del-servicio-civil-el-estado-peruano-como-empleador-privilegiado-frente-a-los-empleadores-privados/>
- Quispe Chavez, G. F. (2009). El Tribunal Constitucional y su cambio de criterio respecto al despido arbitrario del personal de confianza. *Gaceta Constitucional*, 255-263.
- Roca, O. (2013). *Ineficacia de los Actos del Deudor*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rodriguez Mancini, J. (2004). *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social* (Quinta edición ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Rodriguez Morales, R. (Febrero de 2003). *eprints.uanl.mx*. Obtenido de <http://eprints.uanl.mx/2517/1/1020149938.PDF>
- Rodriguez, J. (2008). Análisis de los Regimenes Laborales en el Sector Público. *Gestión Pública*, C9-C13.
- Romero Montes, F. (2006). *www.derecho.usmp.edu.pe*. Obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/La_crisis_de_los_principios_del_derecho_del_trabajo.pdf
- Saavedra, C. (13 de febrero de 2013). <http://diariocorreo.pe>. Obtenido de <http://diariocorreo.pe/ciudad/detectan-pagos-irregulares-en-el-satt-185376/>
- Salcedo Cuadros, C. (30 de Noviembre de 2010). *Cuestiones de la Polis*. Obtenido de El uso arbitrario del “despido arbitrario”: <http://blog.pucp.edu.pe/item/118244/el-uso-arbitrario-del-despido-arbitrario>
- Sentencia Tribunal Constitucional, 00991-2000-AA/TC (Tribunal Constitucional 21 de diciembre de 2000). Obtenido de *file:///C:/Users/user/Downloads/jlaboral001.pdf*
- Sentencia Tribunal Constitucional, Exp. 1944-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 28 de Enero de 2003). Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01944-2002-AA.html>
- Sentencia Tribunal Constitucional, EXP. N.º 04389-2009-PA/TC (2009). Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04389-2009-AA.html>
- Sentencia Tribunal Constitucional, Exp. N.º 01512-2012-PA/TC (2012).
- SERVIR, informe legal N.º 487-2010-SERVIR/GG-OAJ (Autoridad Nacional del Servicio Civil 06 de Diciembre de 2010).
- SERVIR. (2011). *Informe Legal N.º 210-2011-SERVIR/GG-OAJ*. Lima.
- Toyama Miyagusuku, J. (2012). Validez y eficacia del contrato de trabajo. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, 449-469.
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El Derecho Individual del trabajo en el Perú* (Primera edición ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Toyama Miyagusuku, J. L., & Merzthal Shiyo, M. (2014). REFLEXIONES SOBRE EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PERSONAL DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA. *Themis*, 81-96. Obtenido de *file:///C:/Users/user/Downloads/10851-43104-1-PB%20(4).pdf*

- Toyama Miyagusuku, J., & Vinatea Recoba, L. (2015). *Guía laboral*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Tribunal Constitucional, T. (27 de abril de 2011). <http://www.tc.gob.pe/>. Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/tc/institucion/notaprensa/nota/institucion/nota36f47fb522079720e3c327f3afd3171>
- Ulloa Millares, D. (2015). El despido libre de los trabajadores de confianza. *Ius Et Veritas* N° 43, 196-206.
- Valderrama Valderrama, L. R. (Noviembre de 2013). Derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y de confianza. *Soluciones Laborales*, 45-52.
- Valderrama Valderrama, L. R. (2015). La protección contra el despido arbitrario. *Actualidad jurídica*, 201-211.
- Valderrama, L. R. (2014). Trabajadores de dirección y de confianza: alcances sobre su estabilidad laboral. *Gaceta Jurídica*, 183.
- Valdivia Morón, J. (Agosto de 2012). Los empleados de confianza en la Administración Pública Peruana. *Gestión Pública y Desarrollo*, E16-E17.
- Vallet, J. (1995). *Negocios en fraude de ley simulados, fiduciarios e indirectos*. Madrid: Revista Jurídica del Notariado.
- Vasquez, W. (2012). *La (visible) presencia de los contratos coligados en el sistema jurídico peruano*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Wadsworth Zárate, P. (2004). ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LA LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO. 60.
- Wiener, R. (30 de octubre de 2013). <http://rwiener.blogspot.pe>. Obtenido de <http://rwiener.blogspot.pe/2013/10/la-corrupcion-en-essalud.html>
- Zavaleta Cruzado, R. (2000). *Temas Selectos de Derecho Laboral*. Trujillo: Marsol.

ANEXOS

ANEXOS 01 INSTRUMENTOS

GUÍA DE ENTREVISTA A ESPECIALISTA EN DERECHO DEL TRABAJO

1. **¿Cómo se da la implicancia de los principios de primacía de la realidad y buena fe laboral en las relaciones laborales?**
2. **¿Considera Ud. que la naturaleza jurídica de un trabajador de confianza en el sector privado y en sector público es la misma respecto a su libre designación y remoción?**
3. **¿Constituye fraude si las partes utilizan la figura del retiro de confianza para maquillar el mutuo acuerdo y el trabajador pase a otra entidad pública con una indemnización de un despido inexistente?**
4. **¿Si un trabajador de confianza del Sector Público es removido de su puesto y hace cobro de la IDA y posteriormente ingresa nuevamente a trabajar para el Estado pero por concurso público, estaría cometiendo fraude a la ley?**
5. **De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en los últimos años respecto al retiro de confianza como forma de despido, ¿Qué opinión le merece estos criterios?**
6. **¿Qué barreras legales serían las adecuadas a fin de evitar la realización de estas maniobras en la administración pública?**

Las entrevistas fueron dirigidas a los siguientes laboristas de reconocida trayectoria a nivel nacional:

- **JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN:** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente Ejecutivo de SERVIR.
- **DANIEL ULLOA MILLARES:** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de maestría de Relaciones Laborales en la PUCP.
- **JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU:** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Profesor principal de la PUCP. Profesor en la U. Pacífico y U. de Piura. Director de Revista Soluciones Laborales.
- **JAVIER NEVES MUJICA:** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal y decanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GUÍA DE ANÁLISIS DE INFORME ESPECIAL N°007-2012-2-424/OCI
REALIZADO POR LA OCI DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE
TRUJILLO AL SATT

INFORME ESPECIAL N° 007-2012-2-424/OCI-SATT

1. Redactar los hechos materia investigación.

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

2. Análisis concreto del caso.

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

**3. Describir de qué manera se presenta la figura de fraude a la ley en materia
laboral en el presente caso en base a la investigación realizada por el
Órgano de control Institucional (OCI) al SATT.**

.....
.....
.....
.....
.....
.....

GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

EXPEDIENTE N°:

1. Redactar los hechos materia del caso.

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

2. Análisis del fondo de la controversia respecto a la figura del retiro de confianza de trabajadores como despido arbitrario

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

3. Conclusiones.

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

ANEXO 02
INFORME ESPECIAL N° 007-2012-424/OCI

ANEXO 03
SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EXP. 3501-2006-PA/TC

ANEXO 04
PROYECTO DE LEY DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y
EMPLEADOS DE CONFIANZA

ANEXO 05
MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: CONSECUENCIAS DE UN DESPIDO INEXISTENTE A UN EMPLEADO DE CONFIANZA DEL SECTOR PÚBLICO SUJETO AL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD PRIVADA			
PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	METODOLOGIA
<p>¿De qué manera la decisión de una entidad pública de otorgar una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada, al cual se le ha retirado la confianza, constituye fraude en materia laboral?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar de qué manera la decisión de un entidad pública de otorgar una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada, al cual se le ha retirado la confianza, constituye fraude en materia laboral.</p> <p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Determinar los aspectos fundamentales sobre el principio de primacía de la realidad y buena fe en las relaciones laborales. • Identificar el contenido esencial de la figura de los empleados de confianza y su tratamiento sobre su libre designación y remoción por retiro de confianza dentro del Sector Privado y Público. • Desarrollar la figura de la extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso y su implicancia con 	<p>La decisión de una entidad pública de otorgar una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada, al cual se le ha retirado la confianza, constituye fraude laboral cuando se sustituye una extinción del vínculo laboral por mutuo disenso, entre el trabajador y el titular o responsable de la entidad, por una simulación de despido arbitrario para obtener dicho derecho indemnizatorio.</p> <p>VARIABLES</p> <p>VARIABLE UNO</p> <p>Otorgamiento de indemnización por despido arbitrario a empleado de confianza del Sector Público sujeto al Régimen de la actividad privada a quien se le ha retirado la confianza</p> <p>VARIABLE DOS</p> <p>Fraude en materia laboral</p>	<p>ENFOQUE: Cualitativo</p> <p>TIPO DE INVESTIGACION:</p> <p>Según su fin: Aplicada</p> <p>DISEÑO</p> <p>No experimental- Transversal</p> <p>POBLACION Y MUESTRA</p> <p>Unidad de análisis</p> <p>-Criterio de abogados especialistas, cuyas opiniones serán de vital importancia para determinar los alcances de las figuras jurídicas analizadas en la presente investigación.</p> <p>-Criterio adoptado por el Tribunal Constitucional.</p> <p>-Investigación realizada por el Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo al Servicio de Administración Tributaria de Trujillo (SATT).</p> <p>Población</p> <p>-Criterio de abogados especialistas en Derecho Individual y procesal del Trabajo.</p> <p>-Criterio adoptado en la sentencia del Tribunal</p>

	<p>los alcances del fraude en materia laboral.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Analizar el criterio establecido por el Tribunal Constitucional referido al retiro de confianza como causa de despido arbitrario. <p>JUSTIFICACION</p> <p>Esta justificación debe seguir mínimamente los siguientes criterios:</p> <p>Justificación Teórica, la presente investigación se sustenta, teóricamente, en el análisis de las consecuencias jurídicas que se generan a partir de la extinción del vínculo laboral entre trabajador y empleador, cuando este último decide retirar la confianza a un empleado del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada.</p> <p>Justificación Práctica: Desde el punto de vista práctico se busca orientar a una adecuada aplicación de las normas por parte de la Administración Pública, con el fin de</p>		<p>Constitucional respecto al retiro de confianza como forma de despido.</p> <p>-Investigación realizada por el Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo al Servicio de Administración Tributaria de Trujillo(SATT) en el año 2012, sobre pagos de indemnizaciones por despido arbitrario a empleados de confianza.</p> <p>Muestra</p> <p>-Criterio de abogados especialistas en Derecho Individual y procesal del Trabajo de reconocida trayectoria nacional.</p> <p>-Criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Constitucional respecto al retiro de confianza como forma de despido, recaído en el expediente N° 3501-2006</p> <p>-Investigación realizada por el Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo al Servicio de Administración Tributaria de Trujillo(SATT) en el año 2012, mediante Informe Especial N° 007-12-2-424/OCI, sobre pagos de indemnizaciones por despido arbitrario a empleados de confianza.</p> <p>La muestra de la presente investigación es de tipo no probabilística, toda vez que, la elección de los elementos</p>
--	--	--	--

	<p>que se eviten actos de corrupción en el aparato estatal.</p> <p>Justificación Valorativa: Este trabajo generaría el desarrollo de nuevos estudios sobre los alcances de la naturaleza jurídica, funciones y procedimiento de despido de los empleados de confianza, tanto en el sector Público como en el Sector Privado, pues si bien existe doctrina sobre este tema, la presente investigación es de suma importancia por su carácter innovador, así como también por su función preventiva, en el sentido que se advierte al Estado sobre las consecuencias que se puedan originar a partir del pago de indemnizaciones por despido arbitrario.</p>		<p>integrantes, depende de las condiciones que permiten hacer el muestreo.</p> <p>TECNICAS INSTRUMENTOS E</p> <p>De recolección de información</p> <p>Técnicas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Entrevista: Se recurrió a la mencionada técnica, con el objetivo de recopilar doctrina, criterios, opiniones y jurisprudencia nacional, mediante la conversación con los entrevistados. Esta entrevista estuvo dirigida a abogados especialistas en Derecho Individual y Procesal del Trabajo del ámbito local y nacional. - Análisis de contenido: Se recurrió a esta técnica, con la finalidad de obtener información, doctrinaria, legislativa, y jurisprudencial nacional, mediante el uso de fichas bibliográficas, para así poder estructurar la temática de la presente investigación. - Estudio de casos: Se recurrió a dicha técnica, con el fin de analizar los pronunciamientos de los Órganos
--	---	--	---

			<p>jurisdiccionales respecto al tema de investigación.</p> <p>Instrumentos</p> <p>-Fichas Bibliográficas: Instrumento que permitió analizar los datos obtenidos mediante el uso de fichas de registro textual y parafraseo, las mismas que contienen la temática del presente trabajo, así como las opiniones y criterios de los doctrinarios y la jurisprudencia nacional, en relación a las instituciones jurídicas a desarrollar, y el tema materia de investigación.</p> <p>-Guía de entrevista: Instrumento que permitió analizar la información recolectada en las entrevistas efectuadas a los abogados especialistas en derecho individual y procesal del Trabajo, de reconocimiento local y nacional: con el fin de obtener criterios y opiniones e información empírica, respecto al tema desarrollado en la presente investigación.</p> <p>-Guía de estudio de caso: Por medio de este instrumento se analizó el Informe Especial N° 007-12-2-424/OCI. Realizado por el Órgano de control institucional de la Municipalidad Provincial de Trujillo al</p>
--	--	--	--

			<p>Servicios de Administración Tributaria de Trujillo (SATT), sobre pagos de indemnizaciones por despido arbitrario a empleados de confianza</p> <p>-Guía de análisis jurisprudencial: Instrumento que permitió analizar los fundamentos que establece el Tribunal Constitucional para considerar el pago de una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza</p> <p>De procedimiento de información</p> <p>Técnicas</p> <p>-Método de Análisis-Síntesis: Se aplicó este método, a fin de poder evaluar, de manera separada cada uno de los componentes de la realidad del tema a investigar, así como evaluar, de manera ordenada y sistematizada la información obtenida de la bibliografía recaudada en la presente investigación.</p> <p>-Método hermenéutico: Se empleó el referido método, para la correcta interpretación de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional sobre el tema de investigación.</p>
--	--	--	--

		<p>-Método Deductivo: Se aplicó el mencionado método, toda vez que, la temática de la presente investigación se planteó de las instituciones jurídicas generales a las específicas.</p> <p>-Sistema Microsoft Ms Office 2013: Se utilizó esta herramienta informática con la finalidad de procesar el contenido e información temática y empírica obtenida.</p> <p>Instrumentos</p> <p>-Programa Word 2013: Se utilizó el presente programa, a fin de efectuar el procesamiento de texto.</p> <p>-Programa Power Point 2013: Se recurrió a dicho programa, con la finalidad de presentar la investigación de una manera didáctica y entendible.</p>
--	--	--