

EN EL RÉGIMEN PRIVADO, SEGÚN PROYECTO DEL MTPE

La indemnización por retiro de confianza



JORGE LUIS
**ACEVEDO
MERCADO**

Abogado. Socio del área Laboral Benites, Vargas & Ugaz



El Poder Ejecutivo ha publicado recientemente el Proyecto de Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, el Proyecto) en el cual se reconoce expresamente el derecho del personal de dirección y confianza del sector privado a recibir una indemnización por despido arbitrario en caso de cese por retiro de confianza.

En nuestra opinión, esta conclusión es el resultado de la interpretación correcta del artículo 27 de nuestra Constitución Política y de los artículos 16, 22 y 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), la cual se ha venido aplicando en forma uniforme para el personal del sector privado desde la expedición del Decreto Legislativo 728 hasta la expedición de la Casación 18450-2015-Lima del 2016 y el VII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral (en adelante, el Pleno) del 2018, instrumentos que si bien no son vinculantes si son susceptibles de generar una corriente jurisprudencial (como se aprecia en la reciente Casación No. 9916-2017-Lambayeque) contraria al pago de la indemnización.

En esa línea, consideramos que el Proyecto es de la mayor relevancia por dos efectos: (i) existiría una norma jurídica reglamentaria y vinculante en esta materia y (ii) permitiría que los magistrados puedan aplicar un criterio uniforme para los trabajadores del sector privado.

A nuestro entender, por su propia naturaleza solo los trabajadores de confianza del sector público carecen de protección ante el retiro de confianza, sea que estén bajo el régimen laboral público, régimen CAS, régimen del sector privado o régimen de la Ley del Servicio Civil. Y ello es así, porque en las entidades del sector

público rige el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos que prescribe que todo ingreso al Estado sea por concurso público de méritos, siendo la excepción la designación de trabajadores de confianza.

A. El retiro de confianza es un despido arbitrario para los trabajadores del sector privado. El artículo 27 de la Constitución Política prescribe que los trabajadores gozan de una adecuada protección contra el despido arbitrario, remitiendo a la ley dicha protección.

Al desarrollar la norma constitucional, el artículo 16 de la LPCL establece cuáles son las causas de extinción del vínculo laboral, comprendiéndose al despido, figura definida como la extinción del vínculo laboral por decisión unilateral de la empresa. Asimismo, si el empleador decide despedir a un trabajador válidamente debe acreditar la existencia de causa justa contemplada en la ley (artículo 22 LPCL) (1) de lo contrario el despido será arbitrario (artículo 34 de la LPCL) (2).

El Tribunal Constitucional en forma uniforme ha señalado que el retiro de confianza es la

EL PROYECTO ES DE LA MAYOR RELEVANCIA POR DOS EFECTOS: (I) EXISTIRÍA UNA NORMA JURÍDICA REGLAMENTARIA Y VINCULANTE EN ESTA MATERIA Y (II) PERMITIRÍA QUE LOS MAGISTRADOS PUEDAN APLICAR UN CRITERIO UNIFORME PARA LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO.

extinción del vínculo laboral dispuesta por el empleador por razones subjetivas (desaparición o pérdida de la confianza), las cuales no constituyen causas justas de despido conforme a nuestra legislación.

Bajo estas premisas, solo se puede concluir que el retiro de confianza en el sector privado configura un despido sin causa justa, por tanto, un despido arbitrario.

La razón por la cual solo cabe la indemnización mas no la reposición como adecuada protección contra el indicado despido, es la especial naturaleza del personal de confianza que, como bien lo señalar el profesor Arce, mantiene un vínculo de confianza bastante intenso con el empresario (3), lo cual haría irrazonable otorgarle una protección restitutoria (reposición), conclusión que ya se había estipulado en la redacción original del Decreto Legislativo 728 y que los magistrados han venido aplicando uniformemente hasta el 2018.

B. El retiro de confianza en el sector público (4). El artículo 40 de nuestra Constitución Política establece que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos; no estando comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

En aplicación del derecho al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, el ingreso a las planillas del Estado siempre ha exigido un concurso público de méritos, y quienes accedían adquirían estabilidad laboral. Eso es fácilmente comprobable de la lectura y aplicación de las normas especiales del sector público, desde el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa hasta la Ley del Servicio Civil. Dado que el personal de confianza accede al Estado por decisión del titular de entidad, aquel no adquiere la estabilidad que sí tienen los que ingresan al Estado por concurso público.

Cuando en la década de 1990 se permite que algunas entidades del sector público apliquen el régimen laboral del sector privado empieza un proceso de flexibilización en el Estado que



tuvo propósitos específicos⁽⁵⁾, pero no implicó el abandono de los principios centrales del empleo público: como el ingreso al Estado por concurso público, principio de provisión presupuestal, aplicándose reglas particulares y especiales para los servidores estatales, considerando que a diferencia del sector privado estos materializan fines de interés público.

No obstante ello, la aplicación del régimen privado al sector público generó una percepción de abandono de las reglas propias del sector público, lo cual mereció estudios y comisiones⁽⁶⁾ que finalmente derivaron en la Ley Marco del Empleo Público (LMEP), la cual ratificó expresamente la regla que todo acceso al empleo público (independientemente del régimen laboral) era por concurso público de méritos en condiciones de igualdad de oportunidades.

Este derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la STC N° 00025-2005-PI/TC y en la STC N° 05057-2013-PA/TC (precedente Huatuco) como un derecho con rango constitucional.⁽⁷⁾

La LMEP establece claramente que el empleo de confianza es todo aquel libremente designado y removido por el titular de la entidad, pudiendo designarse como tal hasta el 5% de los servidores existentes.

En un reciente informe de la Autoridad Nacional del Servicio Civil⁽⁸⁾ se ha establecido lo siguiente: “Al respecto, debemos señalar que el ingreso a la Administración Pública, indistintamente del régimen al que se encuentre adscrita la entidad, se realiza necesariamente por concurso

público de méritos en un régimen de igualdad de oportunidades de acuerdo con los principios de mérito y la capacidad de las personas, con excepción de los puestos de confianza, conforme a los documentos de gestión interna de la entidad de la entidad (Cuadro para Asignación de Personal - CAP, Manual de Organización y Funciones - MOF o Cuadro de Puestos de la entidad - CPE), para los cuales no se exige dicho proceso de selección.

El servicio civil

En resumen, en las entidades del sector público los trabajadores de confianza no tienen derecho a protección contra el despido, debido a que han ingresado al Estado como una excepción al principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, lo cual se encuentra expresamente señalado en la Ley Marco del Empleo Público y en las normas vigentes sobre el servicio civil.

En efecto, los artículos 55 y 56 de la Ley del Servicio Civil señalan expresamente como justa causa de extinción la pérdida de la confianza o la decisión de la autoridad que designó a trabajadores de libre designación y remoción, precisándose que en estos casos no existe derecho a indemnización alguna. Ni estas normas, ni el principio de igualdad en el acceso a la función pública se aplican a los trabajadores del sector privado, razón por la cual no deben equipararse ambas categorías de trabajadores para determinar los efectos del retiro de confianza.

C. VII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral: Se debe dar el mismo tratamiento al

sector público que al privado en materia de retiro de confianza. El 1° de setiembre del 2018 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú; en cuyo acuerdo N° 4 se concluyó que los trabajadores de dirección y de confianza originarios no tienen derecho a protección alguna contra el retiro de confianza; específicamente, no tienen derecho a una indemnización por despido arbitrario.

En nuestra opinión, el Pleno ha realizado una equiparación entre trabajadores de confianza del sector público y el privado, citando como antecedente y sustento dos sentencias del Tribunal Constitucional que se refieren a casos del sector público y que concluyen que el personal de confianza no tiene derecho a reposición: (i) STC N° 03501-2006-PA/TC: El demandado fue el Banco Central de Reserva; y (ii) STC N° 01042-2007-PA/TC: Proyecto Especial Río Cachi del Gobierno Regional de Ayacucho.

Por las razones señaladas en los puntos A y B del presente documento no compartimos la decisión del Pleno Supremo de setiembre de 2018 debido a que en materia de trabajadores de confianza los sectores público y privado presentan diferencias sustanciales originadas por la aplicación del derecho al acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, debiendo reconocerse a todo trabajador del sector privado la indemnización por despido arbitrario, criterio que ha adoptado el Proyecto que esperamos se expida en diciembre. ▀

[1] “Artículo 22°.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. (...)”

[2] “Artículo 34°.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido.”

[3] ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. “La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Lima. Editorial Normas Legales. N° 63, Mayo 2006. pág. 124.

[4] En este análisis no estamos considerando al personal de las empresas del Estado pues si bien pertenecen al Estado tienen normas particulares que los asemejan más a los trabajadores del sector privado.

[5] Controlar y reducir la planilla del régimen D.Leg. 276, contar con escalas remunerativas especiales para entidades con régimen laboral privado, entre otros.

[6] En julio de 2001 se elaboró un diagnóstico completo del empleo público en el Perú, aportando propuestas de reforma, a través del “Informe Final presentado por la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central, DS 004-2001-TR”: http://www.mintra.gob.pe/contenidos/legislacion/servidores_publicos/informe_final.pdf

[7] En el fundamento 24 de la STC 00025-2005-PI/TC se reconoce el rango constitucional del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad: “Como es sabido, la Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte.”

[8] Se puede acceder a este informe en: https://storage.servir.gob.pe/normatividad/Informes_Legales/2019/IT_751-2019-SERVIR-GPGSC.pdf