

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Informe Jurídico sobre Resolución Jurisdiccional - Casación Laboral No. 16973-2017-
Tacna**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada

Autor

Ginneth del Carmen Martínez del Águila

Revisor

Marisol Oliva Castro

Lima, 2021

RESUMEN EJECUTIVO

El presente informe jurídico se orienta a analizar las instituciones del personal calificado de confianza, así como las implicancias de las modificaciones del contrato de trabajo y los actos de hostilidad en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del poder de dirección del empleador regulado en el artículo 9° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (en adelante, la LPCL), el cual se encuentra sujeto a determinados límites como son la razonabilidad y las necesidades empresariales. Sin embargo, se explicará que no en todos los casos, el empleador se encuentra obligado a motivar las razones objetivas y razonables de tal decisión, dado que, podrán existir excepciones (como es el caso de las modificaciones que derivan del retiro de confianza).

En ese escenario, el objetivo del informe es demostrar que la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante, la CSJR), en la emisión de la Casación Laboral No. 16973-2017-Tacna, no advirtió las consecuencias de la calificación de personal de confianza de la demandante, pues, partiendo de la situación especial y naturaleza subjetiva de dicho vínculo laboral, ya no sería necesario justificar la reducción de categoría profesional (en razón a la movilidad funcional descendente) ante un eventual retiro de confianza, dado que calificaría como motivo y/o sustento suficiente y, por ende, no configuraría un acto de hostilidad.

Para dicho fin, se tomarán en consideración los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República, así como el Informe No. 145-2019-MTPE/2/14.1 de la Dirección General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y doctrina comparada, los cuales desarrollan el elemento subjetivo del retiro de confianza.

A Dios por colmarme de fortaleza y resiliencia, a pesar de los momentos difíciles de la pandemia.

A mis padres, hermano y primas por su inconmensurable amor y motivación.

A mi abuelita Anita por su admirable fuerza y fe que me demuestra cada día.

A mis grandes amigas, colegas y ex jefes que me ayudaron con sus conocimientos y ánimos.

ÍNDICE

I.	Introducción	1
II.	Justificación de la sentencia	2
III.	Identificación de los hechos que se desprenden del caso	4
IV.	Identificación de los principales problemas jurídicos	10
V.	Análisis y posición fundamentada sobre el caso	10
VI.	Conclusiones	36
VII.	Recomendaciones	37
VIII.	Bibliografía	37



INTRODUCCIÓN

Naturalmente, desde una óptica del Derecho Individual del Trabajo, la relación jurídica vertical que existe entre el empleador y el trabajador se evidencia a través de la subordinación de este último respecto del primero, en virtud del poder de dirección del empleador; poder que lo faculta, plenamente, a dirigir, fiscalizar y sancionar, conforme a las directrices empresariales que considere pertinente.

En ese contexto, es que resulte de vital importancia, una de las manifestaciones de dicho poder, tal es el caso del denominado “*ius variandi*”, en la medida que, podrán existir ocasiones en las que el empleador emplee un uso antojadizo y desproporcional de dicha facultad al momento de introducir cambios y/o modificaciones de las condiciones de trabajo, vulnerando así los límites del *ius variandi*, los cuales se desprenden del artículo 9° de la LPCL, conforme a los cuales, el empleador deberá justificar su ejercicio atendiendo a la razonabilidad, necesidad empresarial y al respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo, existen determinados casos, en los que no va resultar necesario que el empleador cumpla motivar el ejercicio del *ius variandi* en motivos razonables y objetivos, como se desarrollará en el caso en concreto de la Casación Laboral No. 16973-2017-Tacna.

De esa manera, empezaremos con el tratamiento de los trabajadores de confianza; luego, las facultades del empleador y modificaciones de las condiciones de trabajo: aspectos generales y los actos de hostilidad como límite ; y, culminaremos, con el desarrollo de la posición, la cual demostrará que la CSJR en la emisión de la sentencia referida, no advirtió las consecuencias de la calificación de personal de confianza de la demandante, pues partiendo de la situación especial y naturaleza subjetiva de dicho vínculo laboral, ya no sería necesario justificar la reducción de categoría profesional ante un eventual retiro de confianza, dado que, calificaría como motivo y/o sustento suficiente y no configuraría un acto de hostilidad.

Al respecto, se utilizarán como insumos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República, el Informe No. 145-2019-MTPE/2/14.1 de la Dirección General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y doctrina comparada, los cuales desarrollan el elemento subjetivo del retiro de confianza.

Datos de la Sentencia	
No. de la Sentencia	Casación Laboral No. 16973-2017-Tacna
Área del Derecho sobre las cuales versar el contenido de la Sentencia	Derecho Laboral y Derecho Constitucional
Demandante	Sra. Jessica Paola Girón Mesa
Demandado	Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Tacna S.A
Instancia	Casación - Corte Suprema de Justicia de la República

I. JUSTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

El motivo principal de elección de la Casación Laboral No. 16973-2017-Tacna se basa, principalmente, en evidenciar los diferentes escenarios que pueden producirse en los casos que el empleador realiza cambios unilaterales a las condiciones de trabajo de sus trabajadores -en particular, en el caso de los trabajadores de confianza-, en virtud de su poder de dirección, facultad, plenamente permitida, respetando los parámetros y/o estándares establecidos por la normativa laboral correspondiente.

En ese escenario, una de las manifestaciones del poder de dirección del empleador, es el ejercicio del *ius variandi*, definido como aquel poder del empleador para disponer de forma unilateral, variaciones y/o modificaciones en la modalidad de prestación de servicios del trabajador, pero respetando ciertos límites; es decir, atendiendo a determinados criterios de razonabilidad y justificando las necesidades empresariales del empleador, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 9° de la LPCL. Un claro ejemplo de ello, es la movilidad funcional descendente, que implica la rebaja de categoría profesional de los trabajadores ante el traslado y/o cambio a un puesto inferior (Toyama,2003, p. 11).

Así, una movilidad funcional descendente solo será válida, en principio, siempre que el empleador respete los límites del *ius variandi* y, por tanto, no vulnere la dignidad del trabajador, tal como indica el artículo 23° de la Constitución Política del Perú; de lo contrario, se configuraría un acto de hostilidad, como es el caso de la reducción inmotivada de categoría profesional de conformidad con el literal b) del artículo 30° de la LPCL¹, situación que se produjo en el caso en concreto y la CSJR falló a favor de la demandante.

Sin perjuicio de ello, considero que el análisis del *ius variandi* por parte de la CSJR, en determinados casos, no contempla todas las posibilidades que pueden presentarse en el ejercicio de este derecho del empleador, pues consideramos que existirán determinados casos en los que no será necesario cumplir dichos criterios.

En efecto, en la presente sentencia, se advirtió la omisión de un elemento relevante del caso, que fue la calificación como “trabajadora de confianza” de la demandante, lo cual lleva a cuestionar si pudo haber existido o podría presentarse un retiro de confianza que tuvo como consecuencia la reducción de la categoría profesional.

Así, por las razones expuestas, me motiva desarrollar el análisis de las instituciones del retiro de confianza y el *ius variandi* aplicado en el caso en concreto, a fin determinar si el retiro de confianza del personal podría calificar como un motivo suficiente para que se produzca una reducción de categoría profesional o habría que justificarlo; en otras palabras, si la sola condición especial y naturaleza subjetiva de la relación de estrecha confianza bastaría para que no se configure un acto de hostilidad y, finalmente, lograr aportar positivamente a mi crecimiento profesional y a la investigación de la comunidad académica.

¹Es importante precisar que, a la fecha de emisión de la sentencia, la norma establecía la siguiente redacción: “[...] b) La reducción *inmotivada* de la remuneración o de la categoría”. Posteriormente, éste fue modificado, a través de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley No. 30709 de fecha 27 de diciembre de 2017, en los siguientes términos: “[...]b) La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador”.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE DESPRENDEN DEL CASO

2.1 Antecedentes:

La Sra. Jessica Paola Girón Mesa (en adelante, la demandante o la Sra. Girón), con fecha 3 de enero del año 2000 inició una relación laboral a plazo indeterminado con la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Tacna S.A (en adelante, la demandada o la CMAC)² durante casi 14 años, en los cuales se desempeñó en diversos cargos jefaturales, entre ellos, los siguientes: i) Jefe de Logística (primigeniamente), desde el 01.06.2011 al 02.02.2015; ii) Jefe de Organización, Métodos y Procesos, desde el 03.02.2015 al 19.04.2015; iii) Jefe de Operaciones, desde el 20.04.2015 al 04.05.2015; y iv) Jefe de Ahorros, durante el mes de julio de 2015.³

No obstante, con fecha 1 de julio de 2015, la demandada a través de la Carta No. 592-2015-ARH/CMAC TACNA, a la cual anexa el memorando No. 01-237-2015-CG/CMAC, dispuso la movilidad funcional ordinaria de la Sr. Girón en el cargo de Administrador de Agencia – funcionario nivel 3 desde el 13 de julio de 2015, el cual significó la reducción de su categoría profesional, en tanto, los años previos se encontró ocupando cargos en jefaturas correspondientes al nivel de funcionario nivel 2 conforme a la estructura remunerativa contenida en el documento denominado “Política de Administración de Recursos Humanos” (en adelante, la Política de Administración) de CMAC.

Ante dicha situación, con fecha 8 de julio de 2015, la demandante cursó una carta notarial a la CMAC a fin de que reconsiderara la movilidad funcional ordinaria, arbitraria e ilegal hacia su persona y; en consecuencia, se deje sin efecto, indicando que:

- Al ser Jefe de Organización, Métodos y Procesos – funcionario nivel 2 se le reubicó al cargo de Administradora de Agencia – funcionario nivel 3 sin la debida

²Conforme a Constancia de Trabajo de fecha 27 de abril de 2015.

³Cabe precisar, de acuerdo con lo descrito en la sentencia de vista, previamente al ejercicio de los cargos jefaturales de la demandante, ocupó puestos ordinarios como: a) Asistente de Logística y Personal del 03.01.2000 al 28 .09.2000, b) Asistente de Personal del 28.09.2000 al 16.11.2006 y c) Asistente de Organización, Métodos y Procesos del 17.11.2006 al 06.03.2011.

capacitación y además que dicho cargo no corresponde a la misma categoría profesional de funcionario nivel 2 en la que se venía desempeñando, de acuerdo con la Política de Administración.

- Que sin que se le haya consultado, se le impuso vacaciones por un periodo de 15 días, asignando como su reemplazo a la Srta. Kelly Gómez de Infantas (Asistente de caja y operaciones), trabajadora que no ostenta la misma categoría o nivel jerárquico.
- Que, al retorno de sus vacaciones, se le asignó en el cargo de Jefe de Operaciones, sin previa capacitación. Similar situación ocurrió, durante mayo del 2015, al asignarle temporalmente el cargo de Jefe de Ahorros hasta julio del 2015; lo cual le generó un cuadro clínico de síndrome depresivo reactivo.

En ese contexto, la demandante cursó una segunda carta notarial de requerimiento extrajudicial a la CMAC, recibida con fecha 14 de agosto de 2015, con la finalidad de que se deje sin efecto la movilidad funcional descendente al cargo de Administrador de Agencia – funcionario nivel 3 y se proceda con el cese de actos de hostilidad hacia su persona.

Atendiendo a lo expuesto, la Sra. Girón interpuso la demanda de cese de actos de hostilidad laboral contra la CMAC ante el Primer Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia Tacna⁴, solicitando la restitución en el cargo y categoría profesional de Jefe Titular de Organización, Métodos y Procesos – funcionario nivel 2 o en un puesto igual o de similar categoría; así como el pago de una indemnización por daños y perjuicios en el extremo de daño moral (daño psicológico) por la suma de S/. 50,000.00 soles y, a su vez, la imposición de una multa de 20 (URP), más el pago de intereses legales y costos del proceso.

Lo anterior, dado que, habría sido objeto de una indebida movilidad o rotación funcional ordinaria al puesto de Administrador de Agencia – funcionario nivel 3, ocasionándole una reducción inmotivada de su categoría profesional (nivel jerárquico), afectando así su dignidad como trabajadora; de conformidad con el literal b) del artículo 30°, el artículo 35°

⁴Admitida a través de Resolución No. 1 de fecha 21 de septiembre de 2015.

y el artículo 37° de la LPCL, en concordancia, con el artículo 23° de la Constitución Política del Perú.

Al respecto, la CMAC alegó que si bien la demandante se desempeñó bajo una relación laboral a plazo indeterminado ocupando distintos cargos jefaturales, todos se encontraron en la categoría profesional de funcionario, conforme a la Política de Administración de la empresa y la normativa laboral vigente, los cuales se asignaron en uso de su *ius variandi* como empleador, tal como indica el último párrafo del artículo 9° de la LPCL; encontrándose, así, facultado de realizar la movilidad funcional -ya sea de forma ascendente o descendente- de la demandante, dentro de los límites que indica la norma.

Del mismo modo, la CMAC señala que la justificación de su rotación de puesto atendió a la necesidad empresarial de contar con personal debidamente capacitado para dichas funciones, considerando su puesto de confianza y; además, sí se cumplió con su adiestramiento, tal como se desprende del cronograma de inducción. En tal sentido, no se acreditó perjuicio alguno hacia la Sra. Girón.

2.2 Sentencia Primera instancia:

En ese escenario, con fecha 26 de abril de 2016, mediante Resolución No. 6, el Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio – Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Tacna, declaró infundada la demanda sobre cese de actos de hostilidad presentada por la demandante en todos sus extremos y ordenó el archivo definitivo del proceso⁵. Sobre el particular, el Juzgado sustentó su fallo, en los siguientes argumentos:

1. La demandante ostentaba inicialmente un cargo ordinario como “Asistente de Organización, Métodos y Procesos⁶”, el cual desempeñó desde noviembre de 2006 a marzo de 2011⁷. Asimismo, no obra medio probatorio alguno que acredite que la Sra. Girón ocupó la jefatura de Organización, Métodos y Procesos.

⁵Recaída en el Expediente No. 001717-2015-0-2301-JR-LA-01.

⁶De acuerdo al memorando No. 01-191-2013-CG/CMAC-TACNA de fecha 26 de febrero del 2013.

⁷Mediante memorando No. 01-1081-2006-CG/CMAC.

2. Asimismo, de la revisión de las boletas de pago del año 2015 se advirtió que la demandante era “Personal de Confianza”, por tanto, al ser un puesto de naturaleza especial, no podía ocupar cargos permanentes; es así que, en virtud de su *ius variandi* como facultad del poder de dirección del empleador, la movilidad funcional temporal a su persona se encontró válidamente justificada, conforme con las disposiciones legales vigentes y documentos internos de gestión de la empresa. En ese sentido, no se configuraron actos de hostilidad que suponen la reducción inmotivada de su categoría profesional.
3. Finalmente, con relación a la pretensión de la indemnización por daño moral, al no encontrarse acreditado el trato hostil, no resulta amparable dicha suma de dinero ni la imposición de multa.

2.3 Apelación:

Ante ello, la Sra. Girón presentó un recurso de apelación con fecha 3 de mayo de 2016, indicando que el Juzgado habría concluido erróneamente que los cargos jefaturales asumidos por la demandante fueron producto de una movilidad funcional temporal y que al tratarse de puestos o cargos de confianza no podían tener un titular permanente. Además, omitió que la Sra. Girón ocupó primigeniamente el cargo de Jefe de Logística, para luego ser promovida a Jefe de Organización, Métodos y Procesos⁸; así como tampoco advirtió que lo que se cuestionaba era la indebida movilidad funcional en el cargo de Administrador de Agencia – funcionario nivel 3 al contravenir la normativa interna, más no el ejercicio del *ius variandi* del empleador.

Por su parte, la demandada, luego de los requerimientos reiterados por parte de la Sr. Girón, refirió que su movilidad funcional descendente respetó los lineamientos contenidos en la Política de Administración y se llevó a cabo en ejercicio pleno de su *ius variandi* conforme a la legislación laboral vigente. Señaló, además, que atendió a la necesidad de cubrir

⁸Ambos cargos pertenecientes a funcionario nivel 2.

temporalmente las plazas de Administración de las Agencias de CMAC que gocen de descanso vacacional, por tratarse de una funcionaria con una formación adecuada y sólida; por lo tanto, no existió acto de hostilidad alguno.

2.4 Sentencia Segunda instancia:

De esa manera, con fecha 20 de junio de 2017, mediante Resolución No. 15, la Sala Laboral Permanente de Tacna revocó la sentencia de primera instancia apelada, declarando fundada en parte la demanda, ordenando se restituya a la Sr. Girón en el cargo de Jefe de Organización, Métodos y Procesos u otro de igual categoría e infundado el extremo del pago de indemnización por daño moral, más el pago de una multa de 2 (URP), sustentando su fallo en los siguientes argumentos:

1. La CMAC no cumplió con los lineamientos contenidos en el literal a) del acápite 6.10 sobre “Políticas de Movilidad Funcional y/o Geográfica” contenida en la Política de Administración⁹, en tanto, de la revisión del historial de cargos asumidos por la demandante, se advirtió que siempre fue objeto de movilidad funcional ascendente en razón a su categoría profesional de funcionario, asimismo, que la designación del último cargo de Administrador de Agencia funcionario nivel 3 se encontraba en un nivel inferior.
2. La CMAC, en ejercicio de su *ius variandi*, no acreditó de forma objetiva y razonable el supuesto de necesidad empresarial que justificaba la movilidad funcional de la Sr. Girón, en tanto, el periodo vacacional ordinario no supera los 30 días, pudiendo haber optado por una movilidad extraordinaria u otra medida de rotación ascendente en dicho periodo.

⁹La cual indica que “en ejercicio del *ius variandi* se produce dentro del grupo ocupacional del colaborador o entre categorías, niveles o sub niveles equivalentes”.

Por tales motivos, resultó evidente el acto de hostilidad en agravio de la demandante, debido a la reducción inmotivada de su categoría profesional al disponer su movilidad funcional en el cargo de Administrador de Agencia funcionario nivel 3.

2.5 Recurso de Casación:

Atendiendo a lo expuesto, la demandada , con fecha 4 de julio de 2017, interpuso el recurso de casación¹⁰ contra la sentencia de segunda instancia. En consecuencia, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJR (en adelante, la Sala Suprema) expidió la Casación Laboral No. 16973-2017-Tacna, de fecha 2 de diciembre de 2019, declarándolo infundado, debido a que la Sala Laboral Permanente sí cumplió con realizar una valoración conjunta y adecuada de los medios probatorios aportados al proceso; en particular, a la Política de Administración de la demandada, a través de la cual se determinó que la CMAC realizó una movilidad funcional descendente a la Sr. Girón hacia un cargo inferior: funcionario nivel 3, sin que medie una justificación razonable y objetiva en los términos del *ius variandi*, pese a que, durante más de cuatro años, se mantuvo como funcionario nivel 2.

En tal sentido, la Sala Suprema concluyó la vulneración de los límites del *ius variandi* por parte de la CMAC, configurándose, así, una reducción inmotivada de la categoría profesional; lo cual constituyó un acto de hostilidad que afectó gravemente los derechos fundamentales de la demandante.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS:

3.1 Problema Principal

El problema principal de la casación a desarrollar consiste en determinar si el retiro de confianza del personal será suficiente para que se produzca la reducción inmotivada de

¹⁰Se alegó la infracción normativa al numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú y del artículo 60° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, Decreto Supremo No. 001-96-TR.

categoría profesional o habría que justificarlo (en los términos que indica el artículo 9° de la LPCL). Es decir, se evaluará si la sola condición especial y naturaleza subjetiva del retiro de confianza bastaría para que no se configure un acto de hostilidad.

3.2 Problemas Secundarios

Dentro de los problemas secundarios que coadyuvarán a la resolución del problema principal, se tienen los siguientes:

- a. ¿La reducción de la categoría profesional por retiro de confianza calificaría como un acto de hostilidad? ¿Hasta dónde llega el *ius variandi* del empleador en cuanto a la movilidad funcional en el caso de los trabajadores de confianza?
- b. Si bien la jurisprudencia ha considerado que el retiro de confianza sería un supuesto válido de extinción del vínculo laboral (despido), ¿podría ser considerado *como ius variandi* válido que no requiera de una justificación objetiva y razonable?

IV. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE EL CASO:

Sobre el particular, tal como se desarrolló en los puntos precedentes, la CSJR con la emisión de la Casación Laboral No. 16973-2017-Tacna, determinó la existencia de actos de hostilidad hacia la demandante debido a la reducción inmotivada de su categoría profesional de forma descendente en el puesto de Administradora de Agencia funcionario nivel 3 sin respetar los límites del *ius variandi* y pese de haber permanecido durante varios años en puestos jefaturales de funcionario nivel 2.

Sin embargo, en el caso en concreto, se aprecia que la máxima Corte omitió analizar las implicancias sobre un extremo importante: la calificación de trabajadora de confianza de la Sra. Girón y, por consiguiente, el retiro de confianza como posible causal de la reducción de categoría profesional. De esa manera, el presente acápite se orientará a resolver los problemas jurídicos precisados en el punto III del informe y los cuales se desprenden de la premisa referida.

Para ello, a efectos de realizar un correcto análisis del caso, resulta necesario tener en consideración una aproximación a las principales instituciones aludidas en los problemas jurídicos: i) Los trabajadores de confianza y ii) Las facultades del empleador y modificaciones de las condiciones de trabajo: aspectos generales y los actos de hostilidad como límite (regulación y problemática). A continuación, se procederá con el desarrollo de los temas indicados.

4.1 Los trabajadores de confianza: relación especial con el empleador

Como es de nuestro conocimiento, dentro de una organización empresarial, las relaciones laborales entre el empleador y trabajadores son complejas y diversas, en función a la estructura organizativa que presentan, siendo posible así, identificar determinados trabajadores en diferentes categorías, ya sean obreros o empleados. Desde una distinción bastante antigua, estos últimos se caracterizan por realizar una labor intelectual, administrativa o de oficina de mayor complejidad en el ciclo productivo de la empresa; en cambio, los primeros, a una labor básicamente manual que implica un gran esfuerzo físico. (Toyama, 2020, p. 45).

En efecto, dentro del grupo ocupacional de empleados, destacan y adquieren mayor relevancia aquellos trabajadores que se encuentran en la cima de dicha estructura organizativa, mayoritariamente piramidal. Se trata, así, del personal de dirección y personal de confianza, quienes poseen un estatus distinto de cualquier trabajador ordinario, que lo hacen más cercano al empleador, en tanto desarrollan funciones dentro de una relación de confianza con el mismo.

En el caso específico del trabajador de confianza, nos referimos a aquel que labora directamente con los representantes del empleador y/o coadyuva a la toma de decisiones empresariales. Al respecto, cabe precisar la noción de confianza, en el ámbito laboral, tomando como referencia la definición de la Real Academia Española (RAE). Sobre el particular, Espinoza (2018) indica lo siguiente:

Entendida como la esperanza firme que se tiene de alguien o algo, constituye la condición fundamental o el rasgo esencial para convertir la relación laboral con estos trabajadores en una relación laboral especial, en razón de las funciones que desempeñan dentro de la empresa, con unos efectos jurídicos propios y distintos a los que se generan con los trabajadores ordinarios y con una exigencia cualificada de la obligación de actuar de buena fe pues a ellos se exigirá más que al común de los trabajadores (pp. 131-132).

Atendiendo a lo expuesto, y en consonancia con lo indicado, el cargo de confianza implica una relación especial entre el trabajador y el empleador, en razón a las funciones encomendadas. Se trata, así, de una confianza amplia y excepcional en el trabajador, distinta a la otorgada a un trabajador ordinario.

Ahora, con relación a los elementos característicos del personal de confianza, de conformidad con el contenido del artículo 43º de la LPCL, los trabajadores de confianza son aquellos que: i) laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección ; ii) tienen acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, de carácter reservado; y/o iii) emiten opiniones o informes que son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

En el mismo sentido, respecto a la asunción del cargo, el trabajador de confianza puede acceder de forma directa o por promoción. El primero de ellos se origina desde el inicio de la relación laboral, pues atiende, en la mayoría de casos, al prestigio o capacidad de la persona, lo cual la vuelve idónea para ocupar el cargo, de modo que es contratada, específicamente, para cumplir funciones propias del personal de confianza, teniendo pleno conocimiento de ello. Por otro lado, el acceso por promoción ocurre cuando el trabajador es contratado, inicialmente, para desarrollar labores ordinarias, pero, luego, a causa de diversos factores -como, por ejemplo, la creación de un nuevo local - es ascendido o promovido por el empleador (Jiménez, 2018, p. 16)

Al respecto, cabe señalar, con relación al proceso para la calificación del trabajador como de confianza, q se deberá proceder de la siguiente manera:

- a. Se deberá identificar y determinar los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;
- b. Se deberá comunicar por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza que sus cargos han sido calificados como tales; y,
- c. Se tendrá que consignar en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente¹¹.

Ahora bien, volviendo a la noción de confianza, el elemento característico general y de mayor trascendencia del trabajador de confianza, “es el elemento subjetivo, elemento principal de la relación laboral de estos trabajadores, que se manifiesta en la confianza que se otorga al trabajador en razón de las funciones que desempeña, una confianza extraordinaria” (Gutiérrez, 2009, pp. 172-173). De esa manera, no se trata solo de la importancia del empleador respecto a la capacidad del trabajador sino de un componente distinto de cualquier relación ordinaria, a fin de que pueda asignar en este último determinadas responsabilidades.

De ese modo, atendiendo a las características descritas e inherentes al vínculo laboral del trabajador de la confianza, principalmente, al elemento subjetivo (esto es, el nivel de confianza especial con el empleador) es que resulta válida la existencia de un trato diferenciando a dicho colectivo en determinados supuestos, tal como sucede con la extinción del vínculo laboral por la voluntad unilateral del empleador, por el solo retiro o pérdida de confianza al trabajador. En otras palabras, como causal válida de extinción del vínculo laboral y también su protección diferenciada frente al despido arbitrario.

¹¹Conforme al artículo 44° de la LPCL, en concordancia con el artículo 59° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, Decreto Supremo No. 001-96-TR. Asimismo, su inobservancia no enervará su condición, en función al principio de primacía de la realidad, conforme al artículo 60° de la misma norma referida.

Al respecto, corresponde tener en consideración que, si bien antiguamente no existía una causal específica para extinguir las relaciones laborales de confianza, sí se estableció una diferenciación respecto a su protección frente al despido, conforme al texto original de la Ley de Fomento al Empleo (Decreto Legislativo No. 728), la cual establecía que los trabajadores de confianza únicamente podrían acceder al pago de una indemnización, mas no a la reposición cuando se accione judicialmente. Ello, precisamente, por la naturaleza del cargo y la carga subjetiva del mismo. Luego de la derogación de la norma antes mencionada, y hasta la actualidad, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna disposición normativa que establezca, explícitamente, una diferenciación sobre la extinción del vínculo laboral y protección de los trabajadores ordinarios y de confianza¹².(Gutiérrez, 2009, p.176).

De esta manera, tanto los trabajadores ordinarios como los trabajadores de confianza, únicamente, podrán dar por culminado su vínculo laboral en base a cualquiera de las causales contenidas en el artículo 16° de la LPCL, en consonancia con los artículos, 22°, 23°, 24° y 25° de la misma norma. Es decir, el vínculo de ambas categorías de trabajadores podrá culminar con motivo del despido -decisión y/o acto unilateral del empleador-, siempre que se invoque una causa justa prevista legalmente, lo cual, evidentemente, para un sector de la doctrina y jurisprudencia, no sucede si el empleador se basa, únicamente, en la pérdida o retiro de confianza al trabajador; vulnerándose así los principios de legalidad y tipicidad e incurriéndose en un despido arbitrario.

En tal situación, adquiere especial relevancia el tipo de protección que poseen los trabajadores de confianza contra el despido arbitrario, tomando en consideración lo regulado por el artículo 27° de la Constitución Política del Perú. Al respecto, resulta importante remitirnos a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y la CSJR, en las que se desarrolla la estabilidad laboral del personal de confianza, correspondiendo, únicamente su tutela resarcitoria con ciertos matices¹³, así como el establecimiento del retiro de confianza como causal válida de extinción del vínculo laboral; fallos que han variado sus criterios a lo largo del tiempo y procederemos a desarrollar brevemente.

¹²Precisar que dicho escenario es posterior a la derogación de la Ley de Fomento al Empleo (Decreto Legislativo No. 728).

¹³Se desprende de los artículos 10° y 34° de la LPCL.

De manera preliminar, el TC mediante la sentencia recaída en el Expediente No. 330-96-AA-TC, de fecha 12 de setiembre de 1997, determinó, en el caso específico de un trabajador de confianza del sector público, que no procede la reposición, dado que dicha calificación se sustenta en el estatus especial de los servidores públicos, los cuales son excluidos de la carrera administrativa, conforme al artículo 40° de la Carta Magna; así, el funcionario público de confianza podía ser removido por pérdida de confianza de forma discrecional¹⁴. Sin embargo, en la sentencia recaída en el Expediente No. 216-95-AA/TC -también del sector público-, de fecha 17 de abril de 1999, el TC sí otorgó la reposición, pero en el puesto ordinario; argumentando que se trataba de una trabajadora de confianza que había sido promovida a dicho puesto.

Posteriormente, en el caso específico del régimen laboral privado, es preciso tener en consideración, a modo de ejemplo, la sentencia recaída en el Expediente No 746-2003-AA/TC, de fecha 19 de abril de 2004, ante el reclamo de una trabajadora del Poder Judicial de Ayacucho, en la que el TC declaró infundada la demanda, no porque se haya tolerado el despido de la demandante, sino porque consideró que, al no haberse podido acreditar en dicha vía la calificación del puesto de la trabajadora, no se pudo determinar si le correspondía la reposición o solo procedería la indemnización (en caso hubiera ocupado un puesto de confianza), dejando a salvo el derecho de la trabajadora para accionar judicialmente en la vía ordinaria correspondiente.(Ulloa,2011,p.200)¹⁵.

Luego, el TC mantuvo el criterio descrito, reiterando en el fundamento segundo de la sentencia recaída en el Expediente No. 4492-2004-AA/TC, de fecha 30 de setiembre de 2005, que quien ejerce un puesto de confianza, en el régimen laboral privado no le corresponde la reposición, solo la indemnización, pudiendo accionar en la vía ordinaria correspondiente. En la misma línea argumentativa, casi un mes después, el TC emitió la sentencia recaída en el Expediente No. 4516-2004-AA/TC, de fecha 31 de octubre de 2005, correspondiente al sector público, en la cual indicó que, sí se acreditó el cargo de confianza del demandante (

¹⁴Corresponde precisar que el TC, previamente, emitió diversos fallos en el mismo sentido en el caso del sector público.

¹⁵Fundamento tercero.

gerente de administración y finanzas), por tanto, su cese por la pérdida de dicho elemento no suponía la vulneración de los derechos constitucionales alegados¹⁶.

En ese sentido, se advirtió que el TC trasladó el criterio asumido sobre el cese por retiro de confianza del sector público al sector privado (respecto al extremo de la no reposición como tutela restitutoria), creando una excepción respecto a la protección del derecho del trabajo por la vía del proceso de amparo; posición contradictoria con la postura que, pocos años atrás, el TC adoptó al declarar inconstitucional todo despido que carezca de causa legal, basándose únicamente en que se trata de cargos políticos o de representación del empleador. (Ulloa, 2011, p.201).

Sobre ello, es pertinente resaltar la diferencia entre el régimen laboral público y el régimen laboral privado, en lo que respecta al personal de confianza, como se mencionó en líneas precedentes, dado que, en el primero, dicha calificación se sustenta en el estatus especial de los servidores públicos y, además, son excluidos de la carrera administrativa, por lo que, inicialmente, el funcionario público de confianza podía ser removido por pérdida de confianza discrecionalmente lo cual no podría asimilarse al régimen laboral privado.

Luego, tal como se aprecia de los considerandos tercero y décimo sexto de la sentencia recaída en el Expediente No. 03501-2006-AA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2007, correspondiente al régimen laboral privado, el TC mantuvo el mismo criterio descrito, pero enfatizó el carácter subjetivo de la calificación de trabajador de confianza:

“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 STC0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.

¹⁶Cabe señalar que en este caso no se otorgó tutela resarcitoria a diferencia de los otros.

(...)

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*". (énfasis añadido) (3501-2006-AA, TC, 2007).

En efecto, de los fragmentos citados, se puede concluir que, con relación a la no reposición de los trabajadores de confianza del régimen laboral privado, el TC ya no solo se basaba en el estatus especial de los servidores públicos como se aprecia de las sentencias referidas previamente, criterio que fue trasladado al sector privado, sino también en la situación especial y naturaleza subjetiva del cargo de "confianza". (Ulloa, 2001, pp. 201-202).

Sin embargo, podemos advertir que, para un sector de la doctrina, el criterio asumido no es el correcto, pues el TC omite la protección que goza todo trabajador en virtud del artículo 27° de la Constitución Política del Perú y los artículos 10° y 34° de la LPCL, incluyendo a los trabajadores de confianza. Así como, tampoco existe ninguna regulación específica en nuestra normativa nacional que tipifique el retiro de confianza como causa justa de extinción del vínculo laboral, contradiciendo, como se mencionó en líneas previas, toda la doctrina jurisprudencial que desarrolló sobre la tutela ante un despido no basado en causa justa. (Ulloa, 2011, p. 202).

Ante ello, el TC emitió diversas sentencias (Expediente No. 08257-2006-PA/TC, No. 756-2007-PA/TC, No. 443-2008-PA/TC, No. 3494-2007-PA/TC, No. 5220-2007-PA/TC, entre otras) en las que realizó una atenuación del retiro de confianza como causal válida de extinción del vínculo laboral en el sector privado, asumiendo al criterio del sector público, previamente referido, en el que sí es posible la reincorporación de aquellos trabajadores promovidos, en los siguientes términos:

“8. Sin embargo, tal criterio tiene una excepción por cuanto no procede en el supuesto de que el trabajador, después de haber venido laborando en un cargo ordinario, hubiera variado su calidad a personal de confianza, en cuyo caso, de producirse el retiro de la confianza, no corresponderá como consecuencia la ruptura del vínculo laboral sino el retorno del trabajador al puesto que había venido desempeñando anteriormente. Suponer lo contrario, es decir, que incluso en tales casos el retiro de la confianza implica la ruptura del vínculo laboral significaría permitir un abuso del derecho del empleador, el cual es prohibido por el artículo 103° de la Constitución, dado que podría darse el caso de que se varíe la calidad de un trabajador a "trabajador de confianza", con el propósito de despedirlo más adelante aduciendo la pérdida de la misma”. (énfasis añadido) (8257-2006-PA, TC, 2007).

En virtud de lo expuesto, se concluye que los pronunciamientos del TC resaltan la condición especial y naturaleza subjetiva de los cargos de confianza como sustento válido para la extinción del vínculo laboral, correspondiendo, su tutela restitutoria en los casos de trabajadores ordinarios que hayan sido promovidos; en su defecto, les corresponderá, únicamente, una tutela resarcitoria.

Por otro lado, la CSJR, respecto a la materia de análisis, inicialmente, sostenía que el retiro de confianza no era una causal de despido o que la indemnización por despido arbitrario procede ante una extinción injustificada del vínculo laboral del personal de confianza¹⁷. Pese a ello, para el mes de octubre de 2016, cambió de criterio mediante la Casación No. 18450-2015-Lima, a través de la cual señaló:

“3.7 Luego de calificada el cargo como de confianza, las consecuencias del cese laboral, dependerá del tipo de trabajador de que se trate. Así: a) Si estamos frente a un trabajador cuya ‘relación laboral es de exclusiva confianza’ el sólo retiro de la confianza invocada por el empleador constituye una situación especial que extingue

¹⁷De acuerdo a las Casaciones Laborales No. 1489-2000, No. 498-2005, No. 2634-2009, Casación No. 4298-2009, Casación No. 2634-2009 y No. 4298-2009.

el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, sin que exista la obligación de indemnizar por el despido. b) Por el contrario si se tratara de un trabajador cuya 'relación laboral sea mixta', es decir que habiendo accedido a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, haya sido promovido por el empleador a la condición de trabajador de confianza, en cuyo caso si se le despide por el retiro de la confianza si cabría no solo la reposición al puesto de trabajador ordinario, o la indemnización por el despido arbitrario (...)". (énfasis añadido) (18450-2015-Lima, CSJR, 2016).

De este modo, se tiene que la CSJR establece que el trabajador de confianza exclusiva, que fuera cesado por retiro de la misma, no tendría derecho a la indemnización legal por despido arbitrario; mientras que el trabajador de confianza mixta sí tendría derecho a la reposición o a la indemnización; criterio al cual, después, se acogió la Comisión del Primer Pleno Jurisdiccional en materia laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través del Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Lima (NLPT) de diciembre de 2017. En efecto, en lo que respecta a la indemnización por despido arbitrario para el personal de confianza, concluyó:

“No corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza. En los casos de designación o promoción del trabajador, cabe la reposición al puesto de trabajo ordinario de origen o la indemnización por despido arbitrario, dado que la ley no ampara el abuso de derecho”. (énfasis añadido). (Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Lima, CSJ, 2017).

Seguidamente, se emitió el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, el 22 de mayo de 2018, a través del cual los jueces supremos (sobre la indemnización por despido arbitrario para trabajadores de dirección o de confianza de empresas y/o instituciones del sector privado) acordaron por unanimidad lo siguiente:

“-Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador le retire la confianza.

- Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo”.(énfasis añadido)(VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, CSJR, 2018).

En esa misma línea, mediante la Casación Laboral No. 4396-2017-Lima, de fecha 11 de julio de 2018, la CSJR refirió que, si el trabajador de confianza exclusiva es cesado por *“retiro de confianza”*, no existirá despido arbitrario, señalando en el considerando octavo lo siguiente:

“Octavo: El Juez Supremo que suscribe considera que los trabajadores comunes u ordinarios gozan de estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos sino por causa prevista en la ley; mientras que los trabajadores que asumen un cargo de confianza, están supeditados a la “confianza” de su empleador, por lo que el retiro de la misma 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.(...)”.(énfasis añadido) (4396-2017-Lima, CSJR, 2018).

Por consiguiente, la CSJR se adhirió a la posición inicial del TC, precisando el retiro de confianza como causal válida de extinción del vínculo laboral a cualquier trabajador calificado de exclusiva confianza, atendiendo a la situación especial y naturaleza subjetiva

del cargo, además complementándola, pues señala que, no nos encontramos ante un despido arbitrario¹⁸.

Cabe precisar, que el criterio referido al Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, recientemente, ha sido ratificado en los considerandos Décimo Primero y Décimo Segundo de la Casación Laboral No. 25643-2017-Arequipa, de fecha 13 de enero de 2020, en los cuales se reitera que para el despido de un trabajador de dirección o de confianza, no es necesario que se cumpla con expresar las causas justas relacionadas con la conducta, previstas en el artículo 24° de la LPCL y, por tanto, tampoco con el procedimiento de despido, descrito en los artículos 31° y 32° de la misma norma.

En la línea de lo expuesto, ha sido posible advertir la aplicación del criterio referido en otras sentencias de la Sala Suprema de la CSJR, a través de las cuales, se reitera la condición especial y naturaleza subjetiva del puesto de confianza, conforme se indicó precedentemente, como justificación de la extinción del vínculo laboral. A continuación, el detalle:

1	Casación Laboral No. 9916-2017-Lambayeque: “Décimo Séptimo: En ese sentido, al ostentar el demandante desde el inicio del vínculo laboral la condición de “Director”, ello determina que el cargo desempeñado configura uno de dirección, <i>el mismo que al encontrarse sujeto a la confianza que en él se deposite, puede ser objeto de retiro, por la sola decisión del empleador. Ello determina, además, que no sea posible disponer su reposición laboral y menos aún el pago de una indemnización por despido arbitrario, desde que su continuidad dependerá de la confianza que deposite el empleador, criterio que ha sido expresado en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional</i> ”. (énfasis añadido) (9916-2017-Lambayeque, CSJR, 2019).
2	Casación Laboral No. 13704-2017-Lima: Décimo Primero: “(...) lo que importa el retiro de la confianza, y por ende, la extinción válida de la relación laboral, este Tribunal Supremo considera que no se configura el despido arbitrario al que hace referencia el artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, <i>desde que el retiro de la confianza, en ese escenario, no es equivalente a un despido arbitrario, sino a una decisión del empleador, por el mismo conducto que originó el inicio de la relación, esto es, la evaluación de la permanencia o no de la confianza inicialmente otorgada (...)</i> ”. (énfasis añadido) (13704-2017-Lima, CSJR, 2019).

¹⁸De acuerdo al Informe No. 145-2019-MTPE/2/14.1, de fecha 6 de diciembre de 2019, emitido por el Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

De esa manera, en función a los pronunciamientos que admiten el retiro de confianza como causal válida de extinción del vínculo laboral desarrollados por el TC y la CSJR, se concluye que la concepción y/o calificación de “trabajador de confianza” radica en la condición especial y naturaleza subjetiva del cargo asignado, dado que, los trabajadores se encuentran supeditados a la “confianza” del empleador.

Por lo antes dicho, considero posible que la situación y/o concepto del retiro de confianza como elemento subjetivo puede calificar como sustento suficiente para la reducción de categoría profesional del trabajador, en los términos que indica el artículo 9° de la LPCL, sin que ello configure un acto de hostilidad. De ese modo, se procederá con el análisis y el desarrollo de mi posición en el acápite 4.3 del presente informe jurídico.

Antes, resulta necesario detallar los aspectos generales del artículo 9° de la LPCL, lo cual incluye las facultades del empleador; en estricto, las modificaciones de las condiciones de trabajo y los actos de hostilidad de estos últimos como límite.

4.2 Facultades del empleador y modificaciones de las condiciones de trabajo: aspectos generales y los actos de hostilidad como límite

Previo a desarrollar la posibilidad del retiro de confianza como justificación de la reducción de categoría del trabajador que no implique un acto de hostilidad hacia el mismo, corresponde adentrarnos en la definición del poder de dirección del empleador, las modificaciones de las condiciones y/o prestaciones de trabajo, el denominado “*ius variandi*”, los límites del *ius variandi* y los actos de hostilidad (reducción de categoría profesional) en nuestra legislación laboral.

Naturalmente, el contrato de trabajo se distingue de otros contratos de prestación de servicios, dado que genera un vínculo de subordinación entre el trabajador y el empleador, a través del cual el primero se encuentra sujeto al poder de dirección del segundo. Así, en dicha relación compleja, resulta difícil que exista un consenso sobre su contenido, por lo que se permite al

empleador introducir determinados cambios a las prestaciones de servicios en ejercicio de su poder de dirección. (Toyama, 2016, p. 786).

El poder de dirección se encuentra definido en el artículo 9° de la LPCL, el cual se sustenta en el derecho de libertad de empresa reconocido constitucionalmente¹⁹ y refiere que el empleador tiene la facultad de organizar y/o dirigir la prestación del servicio, fiscalizar el cumplimiento de directivas, así como sancionar al trabajador en caso de incumplimiento. En consecuencia, se permite al empleador realizar, de forma unilateral, cambios en las condiciones contenidas en el contrato de trabajo²⁰. Asimismo, podemos resaltar tres características del poder dirección: i) es indelegable, es decir, *intuitu personae*; ii) es complejo, pues debe atender a las distintas necesidades de la empresa y ser razonable; y, iii) es un poder jurídico que no requiere de especialización por parte de quien lo ejerce (Toyama, 2003, p. 174).

Por tanto, como señala el Dr. Boza (2016), una manifestación de dicho poder que detenta el empleador se le denomina "*ius variandi*", entendida como la facultad de modular la ejecución del contrato cuando tiene vocación de permanencia, a fin de ir adaptando sus prestaciones a las necesidades y a los cambios estructurales y organizativos del empleador, así como para el perfeccionamiento y capacitación profesional del trabajador. (como se citó en Alonso y Casas, 1995, p. 340).

De la misma manera, se puede aludir a la definición del Dr. Ermida (1989), que indica:

(...) una primera, vista desde el lado del empleador, relativa a su facultad unilateral para dirigir y organizar su trabajo; y, una segunda, desde el lado del propio trabajador, punto desde el cual el *ius variandi* puede calificar como una "válvula de escape" que

¹⁹Así como en el artículo 9° del Decreto Legislativo No. 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que establece el derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente, fragmento citado en la Casación No. 624-2002 de la Corte Suprema de la República del Perú publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1 de julio de 2004.

²⁰Se tiene como antecedente el Decreto Ley No. 25921, Ley de Facultades del Empleador, de fecha 27 de noviembre de 1992, fue la primera norma que estableció, con carácter general, el procedimiento que debía observar el empleador para introducir modificaciones esenciales de las condiciones de trabajo.

permite subsanar las inevitables tensiones del transcurrir del tiempo originadas al desarrollar una misma función a lo largo de todo el récord laboral, favoreciendo la continuidad o durabilidad del vínculo laboral.(como se citó en la Casación Laboral No. 6961-2012-Junín,2013, p. 8).

Ahora bien, respecto a la estructura del *ius variandi*, esta ha sido desarrollada por parte de la doctrina nacional, mas no por el ordenamiento jurídico peruano. Así, el Dr. Arce clasifica el *ius variandi* en: a) *Ius variandi* común o habitual, b) *Ius variandi* esencial y c) *Ius variandi* extraordinario. El primero se refiere a la facultad para introducir cambios o modificaciones accesorias o secundarias de las condiciones de la prestación ya pactada; por ejemplo, cambios de puestos que no exceden del centro de trabajo o cambios de funciones dentro de la misma categoría profesional, una especie de especificación de la condición previamente determinada en el contrato. El segundo de ellos, consiste en aquellas modificaciones esenciales o sustanciales del propio contrato de trabajo; y, el tercero, sostiene que se trata de modificaciones sustanciales o esenciales, realizadas en situaciones extraordinarias, excepcionales o de emergencia²¹. (Arce, 2007, pp.126-129).

Sin perjuicio de lo expuesto, a diferencia del Dr. Arce, el Dr. Boza considera que existen solamente dos tipologías de *ius variandi*. Se trata así del i) *Ius variandi* ordinario, que consiste en “la adaptabilidad o modificación de la prestación debida por razones de un adecuado funcionamiento de la empresa, pero referido a condiciones o situaciones accesorias de la misma” (...) y el ii) *Ius variandi* extraordinario, como aquellas “modificaciones de mayor calado, por la centralidad e importancia de las condiciones que están en juego, merecen un tratamiento diferente”. (2016, p. 706).

No obstante, cabe señalar que el ejercicio del *ius variandi* no es absoluto o irrestricto, pues tal como se desprende del contenido del artículo 9º de la LPCL “[e]l empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y

²¹Estas últimas responden a la tutela de intereses superiores, a modo de ejemplo, como indica el Dr. Arce, el traslado fuera del centro de trabajo o de funciones (cambio fuera de la categoría profesional a la que pertenece), a fin de no afectar el derechos fundamentales o intereses colectivos.

modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo” (énfasis es añadido).

De la norma citada, se desprende, entonces, que toda modificación de la prestación de trabajo se encuentra sujeta a dos límites: i) debe ser razonable y ii) tener en consideración las necesidades del centro de trabajo. Si bien nuestra legislación no ha desarrollado más ampliamente dichos límites, la doctrina y jurisprudencia sí. Al respecto, el Dr. Arce señala lo siguiente:

Esto es importante porque por muy secundaria, accesorio o no sustancial que sea la modificación de la condición, la voluntad del empresario debe regirse por márgenes desprovistos de toda arbitrariedad. Por ejemplo, un empresario no puede obligar a realizar labores distintas a un trabajador, aun cuando respete su categoría profesional, sólo por un capricho personal. (...) La razonabilidad de la decisión del empresario, entonces, debe respetar una causa objetiva, suficiente y coherente. (2008, p.456).

De esa manera, queda claro que, el empleador debe ejercer su poder bajo ciertos parámetros, a fin de que éste no se torne irregular o arbitrario, siendo estos, los denominados límites internos y externos del *ius variandi*. Los límites internos se refieren a las definiciones propias de la libertad de empresa y del poder de dirección; por otro lado, los límites externos consisten en la observancia del principio de razonabilidad y los derechos fundamentales del trabajador. (García, 2009, p. 214).

Atendiendo al primer párrafo del artículo 9° de la LPCL, se puede inferir que los límites internos constituyen, principalmente, las funciones por las que se contrata al trabajador, sobre las cuales el empleador puede emitir las directrices adecuadas y necesarias, en estricto respeto del deber de buena fe como freno y/o límite derivado del contrato de trabajo. (De Lama, 2015, p. 11).

De otra parte, en el segundo párrafo de la misma norma, se delinearían los límites externos. Estos son de especial trascendencia, dado que, -a mi consideración- contendrían dos sub

límites: i) la razonabilidad y ii) el respeto los derechos fundamentales del trabajador. Sobre el particular, la razonabilidad busca compensar la relación de desequilibrio entre el trabajador y el empleador, pues en el desarrollo del vínculo laboral es necesario que este último ejerza de forma razonable su poder de dirección dada su posición jurídica. Asimismo, como indica el Dr. Plá Rodríguez (1998) actúa como un límite tanto formal como elástico, pues dicha razonabilidad dependerá de las circunstancias y se deberá materializar en cada caso en concreto. (como se citó en De Lama,2015, p. 12).

Del mismo modo, el Dr. Plá Rodríguez (1998), refiriéndose a la aplicación del principio de razonabilidad sobre el *ius variandi*, señala que “esa potestad patronal debe ser razonablemente ejercida. Y ello significa que el empleador debe poder invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio” (como se citó en Arce,2013, p.460); es decir, que la medida impartida por el empleador, en virtud de su poder de dirección, no puede ser antojadiza, pues debe contener una justificación coherente, objetiva y razonable.

Por su parte, el respeto los derechos fundamentales del trabajador, se encuentra impuesto por el artículo 23° de nuestra Carta Magna y, tal como señala el Dr. Blancas, encierra: “un potencial muy grande en orden al desarrollo normativo, jurisprudencial e institucional para posibilitar el cabal ejercicio de los derechos constitucionales y el respeto de la dignidad del trabajador en la relación laboral” (2007, p. 266). Evidentemente, dicho dispositivo tiene por finalidad ratificar el carácter primordial y esencial de la dignidad del trabajador, dada la situación de asimetría que existe en una relación de trabajo.

Por otro lado, y con relación a lo previamente explicado, es importante determinar qué son las condiciones laborales. Estas, tal como indica la Dra. Guzmán Barrón pueden estar referidas a lo siguiente:

La categoría y al puesto de trabajo (ergo, a las competencias personales, profesionales y de seguridad y salud ocupacional requeridas para cada categoría y puesto), a los aspectos cualitativos y cuantitativos del tiempo de trabajo (jornada, horario, módulos temporales de trabajo, periodos de descanso), al lugar de trabajo (espacio físico fijo

o móvil, cercano o remoto) y a sus características (...) así como al paquete remunerativo y de beneficios (...) (2016, p. 727).

En consecuencia, las condiciones laborales abarcan no solo aquellas que delimitan la contraprestación económica, sino también las situaciones de tiempo, modo y lugar específicas de la prestación de trabajo, las mismas que pueden ser modificadas. De este modo, de acuerdo con lo mencionado, es posible distinguir que las modificaciones de las condiciones de trabajo pueden clasificarse como sustanciales y no sustanciales, estas últimas califican dentro el *ius variandi*, dado que, suponen una variación unilateral no esencial de las condiciones de trabajo; en cambio, las sustanciales califican como alteraciones del empleador, cambios radicales y sustanciales que el empleador no puede realizar de forma arbitraria, las cuales también ingresan dentro del concepto amplio de *ius variandi* contenido en el artículo 9° de la LPCL²². (Toyama, 2003, pp. 177-178).

Ahora bien, volviendo a los límites del *ius variandi*, corresponde destacar las siguientes sentencias de la CSJR, que indican:

- **Casación No. 3636-2010-Cusco:** “Vigésimo Sexto: (...) se establece que toda medida del empleador que busque modificar las condiciones de trabajo, debe superar el test de razonabilidad, es decir, *las medidas adoptadas, deben ser razonables, objetivas, proporcionales y previsibles; de no superar dicho test, estaremos ante la existencia de un acto de hostilidad*”. (énfasis añadido) (3636-2010-Cusco, CSJR, 2011).
- **Casación Laboral No. 505-2010-Lima** “Noveno: Dicho poder de dirección le permite en consecuencia al empleador entre otras atribuciones, *introducir cambios en la forma y modo de prestación de la relación de trabajo, lo que puede incluir modificaciones razonables en el tiempo y lugar, sujeto a criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo, en armonía con el respeto de los derechos fundamentales*”. (énfasis añadido) (505-2010-Lima, CSJR, 2012).

²²Cabe señalar que otros autores difieren de esta idea.

- **Casación Laboral No. 6961-2012-Junín:** “Décimo Sexto: Los límites del *ius variandi* conforme lo regulado en nuestra legislación *importan dos consideraciones: (i) la razonabilidad de la medida; y, (ii) que encuentre justificación en las necesidades del centro del trabajo*” (énfasis añadido) (6961-2012-Junín, CSJR, 2013).
- **Casación Laboral No. 20084-2017-Del Santa:** “Quinto: (...) Sobre el poder de dirección, que ostenta el empleador, y se plasma en la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador, *se debe tener presente que debe estar dentro de los límites de razonabilidad, a fin que su ejercicio no se considere como arbitrario e irregular; razón por el cual, existen dos límites: internos y externos. Los primeros se encuentran circunscritos por las definiciones propias de la libertad de empresa y del poder de dirección, y los segundos relacionados con el principio de razonabilidad y los derechos fundamentales del trabajador*”. (20084-2017-Del Santa, CSJR, 2019).

De lo indicado, se concluye entonces que todo empleador deberá efectuar las modificaciones al contrato de trabajo tomando en consideración la razonabilidad, objetividad, previsibilidad, proporcionalidad, así como los derechos fundamentales del trabajador, precisamente, el respecto a la dignidad, en tanto ser humano, conforme al artículo 23° de nuestra Carta Magna. En otras palabras, deberá acreditar la existencia de una causa justa y/o motivación que justifique dicho cambio.

Ahora bien, cuando no se cumpla con lo descrito en líneas precedentes, nos encontraremos frente a los denominados “actos de hostilidad”, aquellos supuestos donde el empleador se excede en el ejercicio de su poder de dirección y, por tanto, pueden ser controlados y/o cuestionados por los trabajadores; es decir, materia de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30° de la LPCL.

Los supuestos contenidos en el artículo referido, son equiparables al despido. Así, los trabajadores víctimas de actos de hostilidad, antes de accionar judicialmente, deben emplazar por escrito al empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente y otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales, a efectos de que realice su descargo o

enmiende su conducta. De lo contrario, podrá optar por cualquiera de las opciones contenidas en el artículo 35° de la LPCL²³.

Dentro de los supuestos de actos de hostilidad contenidos en el artículo 30° de la LPCL, cabe destacar el literal b), que alude a la reducción inmotivada de la remuneración o categoría profesional²⁴, aquella dispuesta por el empleador de forma unilateral y en ausencia de una motivación objetiva o legal. Dentro de dicho supuesto encontramos a la más frecuente de las modificaciones de las condiciones laborales -de las tareas o de la categoría de los trabajadores-: la movilidad funcional. (Toyama, 2013, p. 182).

La movilidad funcional puede ser tanto ascendente como descendente. Esta última implica la rebaja o reducción de categoría del trabajador ante el traslado y/o cambio a un puesto inferior, es decir, a un nivel jerárquico inferior al interior de la organización empresarial. Por consiguiente, si se presenta un acto de movilidad funcional descendente por parte del empleador, el cual no reviste de motivación objetiva o razonable para su procedencia de acuerdo a lo previsto en el artículo 9° de la LPCL y, a su vez, se aprecie una lesión a la dignidad del trabajador, evidentemente, nos encontraríamos frente a un acto de hostilidad equiparable al despido. Caso contrario, se daría el caso de una movilidad funcional válida.

Ahora, considerando lo expuesto, corresponde traer a colación que, en el caso materia de análisis, existió una movilidad funcional descendente al puesto de Administradora de Agencia funcionario nivel 3 de la Sra. Girón, la cual calificaba como una reducción inmotivada de su categoría profesional; por lo tanto, la CSJR declaró la vulneración de los límites del *ius variandi* por parte de la CMAC, constituyéndose, así, un acto de hostilidad que afectó gravemente los derechos constitucionales de la demandante.

²³Artículo 35°.-El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o, b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle

²⁴Supuesto vigente a la fecha de expedición de la sentencia materia de análisis.

De esa manera, en el siguiente acápite, se desarrollará si el eventual retiro de confianza de la demandante, aspecto que no fue considerado en la sentencia materia de análisis, podría calificar como justificación adecuada a fin de que se produzca una reducción de categoría profesional, sin que dicha situación, califique como un supuesto de acto de hostilidad.

4.3 Análisis al caso en concreto y posición de la alumna:

Luego de haber desarrollado detalladamente los antecedentes y hechos de la Casación Laboral No. 16973-2017-Tacna, así como explicado el marco conceptual de las instituciones jurídicas relevantes del presente caso, me permito concluir que sí es posible calificar al retiro de confianza como sustento suficiente para que se produzca la reducción de categoría profesional, sin que ello, configure un supuesto de acto de hostilidad; aspecto cuyas implicancias, en esta oportunidad, la CSJR, mediante la sentencia materia del presente informe, no consideró y, por tanto, el fallo , eventualmente, pudo haber sido diferente.

La omisión por parte de la CSJR surge del contenido descrito en el considerando sétimo de la sentencia, que señala:

“(…) Estos límites del ius variandi son aplicables a toda modificación de las condiciones esenciales del contrato, sea de los trabajadores de confianza o no. En ese sentido, el empleador se encuentra obligado en principio a respetar la categoría del trabajador, por ello es que se le exige que, para realizar cualquier intervención en dicho aspecto, sea por ejemplo, a través de una movilidad descendente u otra que altere el estatus del trabajador tiene como condición motivar las razones objetivas y necesarias que le llevan a tomar tal decisión”. (énfasis añadido) (16973-2017-Tacna, CSJR, 2019).

En función a lo anterior, se advierte que la CSJR indica que, independientemente, se trate de una trabajadora de confianza o no en el caso en concreto, de todas formas, el empleador deberá justificar las razones objetivas y necesarias que lo llevaron a tomar tal decisión ante cualquier modificación. Sin embargo, como se expondrá, no en todos los casos corresponderá

al empleador motivar dichos criterios objetivos y razonables, pues podrán existir excepciones.

En consecuencia, considero que la CSJR pasó desapercibido la calificación de personal de confianza de la demandante, pues partiendo del elemento subjetivo que caracteriza dicho vínculo laboral, ya no sería necesario justificar, en los términos del artículo 9° de la LPCL, la reducción de su categoría profesional (a causa de la movilidad funcional descendente) ante el retiro de confianza.

Dentro de los argumentos por los que adopto esta posición, se encuentra, en primer lugar, los pronunciamientos del TC y la CSJR, en los que se desarrolla ampliamente el elemento subjetivo del retiro de confianza, tal como se ha detallado en el acápite 4.1 del presente informe, en el que se señaló que el retiro de confianza del trabajador atiende a la condición especial y naturaleza subjetiva de la calificación, cuyo retiro configura como causal válida de extinción vínculo laboral, razón por la cual, no corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario en favor de aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un puesto de confianza (relación laboral de exclusiva confianza) y, únicamente, se otorga la tutela resarcitoria a aquellos trabajadores que fueron promovidos (relación laboral mixta), en caso no puedan ser repuestos²⁵.

Así, de modo ilustrativo, y a fin de reforzar mi posición, es necesario precisar las siguientes sentencias conforme al mismo criterio:

- **Expediente No. 641-2010-PA/TC:** “6. Por tanto, considerando que el cargo de Director de Administración III es uno de dirección, según la Resolución Directoral Ejecutiva No. 01-2009-GR (...), se concluye que las funciones realizadas por la actora estaban sujetas a la confianza del empleador (...).” (énfasis añadido) (641-2010-PA, TC, 2010).
- **Expediente No. 1828-2010-PA/TC:** “5. Este Colegiado ha considerado que los trabajadores que asumen un cargo de confianza *están supeditados a la “confianza”*”

²⁵En concordancia con la sentencia recaída en el Expediente No. 08257-2006-PA/TC ya mencionada.

valga la redundancia del empleador. En este caso, el retiro de la misma puede ser invocado 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, lo que es objetivo”. (énfasis añadido) (1828-2010-PA, TC, 2010).

En efecto, de los pronunciamientos referidos, en los que resulta válida la extinción del vínculo laboral en virtud del elemento subjetivo del retiro de confianza, considero que dicho concepto puede ser trasladado y/o equiparado a la situación de la movilidad funcional descendente realizada hacia la demandante. Es así que, ya no sería necesario justificar o motivar dicha movilidad en razones objetivas y necesarias por parte de la CMAC, pues bastará el retiro de confianza como sustento suficiente para su realización y, por tanto, se estaría frente a una reducción de categoría profesional válida y no ante un acto de hostilidad.

En segundo lugar, se encuentra el Informe No. 145-2019-MTPE/2/14.1, de fecha 6 de diciembre de 2019, emitido por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, la DGT), a través de la cual se brindó una opinión técnica ante la consulta sobre la posibilidad de que el retiro de la confianza tenga como consecuencia el pago de una indemnización por despido arbitrario, en el caso de un trabajador de una empresa del Estado. Si bien dicho informe está orientado a dilucidar el tipo de tutela que corresponde al trabajador de confianza ante un despido arbitrario, considero que algunos de los argumentos desarrollados por la DGT coadyuvan a la fundamentación de mi posición.

Al respecto, la DGT alude a diversos fallos del TC, en el mismo sentido de mi primer argumento, en los que se aprecia que no corresponde la reposición en el puesto de trabajo de aquel trabajador directivo o de confianza, sino únicamente la indemnización y, a su vez, que estamos ante una situación especial que extingue el vínculo laboral, debido a la naturaleza subjetiva del cargo; como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente No. 03501-2006-PA/TC, resaltando el literal f) del considerando 11, que indica:

“La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave,

que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.”.(énfasis añadido) (03501-2006-PA, TC, 2007).

Del mismo modo, la DGT hace referencia al considerando tercero de la sentencia recaída en el Expediente No. 1042-2007-PA/TC, de fecha 24 de junio de 2009, donde también se enfatiza la naturaleza subjetiva del cargo, indicando que la designación en un cargo de confianza es temporal y no conlleva estabilidad laboral, conforme al siguiente detalle:

“(…) 3. La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por la cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral (...) en consecuencia, no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la referida designación (...) (énfasis añadido) (1042-2007-PA, TC, 2009).

De lo antes dicho, queda claro, nuevamente, la situación especial y naturaleza subjetiva del cargo, lo cual no permitía que los trabajadores de confianza sean repuestos en el mismo puesto y, a su vez, refuerza la posibilidad de que sea equiparado para una reducción de categoría profesional válida.

En similar sentido, la DGT cita la Casación Laboral No. 16378-2016-Lima, de fecha 28 de noviembre de 2018, la cual en el considerando Décimo Cuarto establece:

“Décimo Cuarto: En efecto, habiéndose determinado que el actor desde el inicio de la relación laboral ostentó cargos de confianza, y que el cese se produjo en virtud a un retiro de la confianza, extinguiéndose la relación laboral, este Tribunal Supremo

considera que no se configura el despido arbitrario (...) *desde que el retiro de confianza, en ese escenario, no es equivalente a un despido arbitrario, sino a una decisión del empleador, por el mismo conducto que originó el inicio de la relación, esto es la evaluación de la permanencia o no de la confianza inicialmente otorgada, no produciéndose una situación fáctica que amerite el otorgamiento de la indemnización reclamada*”. (énfasis añadido) (16378-2016-Lima, CSJR, 2018).

Por todo lo expuesto, queda claro que la DGT resalta el nivel de coincidencia que existe a nivel jurisprudencial por parte del TC y la CSJR respecto a la situación especial y naturaleza subjetiva del retiro de confianza como causal válida de extinción del contrato de trabajo. Cabe precisar que, lo anterior, ha sido analizado y complementado por la DGT, en función del Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Lima del 2017 y el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional del 2018, descritos en el presente informe.

En ese sentido, de acuerdo con los argumentos contenidos en el Informe No. 145-2019-MTPE/2/14.1 de la DGT, se desprende también la posibilidad de equiparar el concepto del retiro de confianza como causal de extinción del vínculo laboral a la movilidad funcional descendente por parte de la CMAC hacia la demandante, en función al elemento subjetivo referido; así pues, eventualmente, no habría existido ninguna reducción de categoría profesional que signifique un acto de hostilidad hacia la Sr. Girón.

En tercer lugar, y de modo complementario, se puede acudir al concepto de confianza, elaborado por la doctrina comparada, como es el caso de la República del Argentina, que denomina al retiro de confianza como la “*pérdida de confianza*” y, en palabras del Dr. Aquino (2015), se está ante una relación laboral de confianza cuando “[e]ntre trabajador y empleador deberá existir confianza mutua, siendo el valor confianza un dato o elemento subjetivo que consiste en la seguridad o razonable certeza que se tiene de que la otra persona actuará de cierto modo en ciertas circunstancias.”.(como se citó en la Florencia,2017, p.44).

Del texto citado, se puede concluir también, la trascendencia del elemento subjetivo por parte de la doctrina argentina, pues resalta el valor de dicho elemento y su concretización a través los deberes de fidelidad y buena fe del trabajador.

Por los motivos expuestos, se concluye que el retiro de confianza, al ser un concepto subjetivo, el cual faculta al empleador para dar incluso término al vínculo laboral, también resultaría plenamente válido equiparar y/o trasladar dicho concepto al escenario de una movilidad funcional descendente por parte del empleador, lo cual implique una reducción de categoría profesional válida y, en consecuencia, no exista un acto de hostilidad.

En ese sentido, en el caso en concreto, nos encontraríamos frente a un *ius variandi* válido, pues bastará el retiro de confianza como sustento suficiente para su ejercicio y, en efecto, no resultarían aplicables los límites de éste ante la movilidad funcional descendente realizada por la CMAC a la Sra. Girón (de un puesto jefatural nivel funcionario 2 hacia el puesto de Administradora de Agencia funcionario nivel 3). Lo anterior, en la medida que se realizó la movilidad funcional descendente de la demandante en base al criterio subjetivo del retiro de confianza, aspecto que la CSJR no identificó.

Considerando que nuestra legislación laboral no establece una lista cerrada de supuestos de actuación del *ius variandi*, es pertinente indicar que el empleador, en uso de su facultad de libertad genérica establecida en el artículo 9° de la LPCL concordante con su derecho a la libertad empresarial, así como conforme a lo previsto en el inciso a) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, no está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe; es así que, podrá ejercer, válidamente, su *ius variandi* en base al retiro de confianza como una situación excepcional.

En ese contexto, si la CSJR hubiese identificado, valorado y analizado los argumentos descritos, el fallo de Casación Laboral No. 16973-2017-Tacna, eventualmente, hubiera sido diferente, pues partiendo de la suficiencia del retiro de confianza como argumento de la reducción de categoría profesional, a mí consideración, podría no haber existido un acto de hostilidad hacia la Sr. Girón; y, se podría haber declarado fundado el recurso de casación.

V. CONCLUSIONES:

1. Los pronunciamientos del TC y CSJR admiten el retiro de confianza como causal válida de extinción del vínculo laboral, en tanto, la concepción y/o calificación de “trabajador de confianza” radica en la condición especial y naturaleza subjetiva del cargo asignado, pues se encuentran supeditados a la “confianza” del empleador.
2. El ejercicio del poder de dirección del empleador no es absoluto, por tanto, ante la realización de una modificación al contrato de trabajo, deberá respetar los límites internos y externos del *ius variandi* contenidos en el artículo 9 de la LPCL; es decir, motivar la razonabilidad y necesidad empresarial de la medida, así como el respeto de los derechos fundamentales y dignidad del trabajador de acuerdo al artículo 23° de nuestra Carta Magna.
3. De acuerdo a los pronunciamientos del TC, la CSJR, el Informe No. 145-2019-MTPE/2/14.1 de la DGT y la doctrina comparada, los cuales resaltan el elemento subjetivo del retiro de confianza, resultaría plenamente válido trasladar y/o equiparar dicho concepto al escenario de una reducción de categoría profesional (movilidad descendente) y, por tanto, no existiría un acto de hostilidad.
4. La CSJR no consideró que, no en toda modificación del contrato de trabajo resulta indispensable motivar las razones objetivas y necesarias para tal decisión, dado que, podrán existir excepciones (como es el caso de las modificaciones que derivan del retiro de confianza).
5. La CSJR, en el caso en concreto, no consideró que la situación del retiro de confianza -como elemento subjetivo- podría calificar como sustento suficiente para la reducción de categoría profesional (movilidad funcional descendente) de la Sra. Girón, conforme al artículo 9° de la LPCL, sin que ello configure un acto de hostilidad; por tanto, el fallo, eventualmente, pudo haber sido diferente.

6. La reducción de categoría profesional (movilidad descendente) de la Sr. Girón al puesto de Administradora de Agencia funcionario nivel 3, se trataría de un *ius variandi* válido, en función al retiro de confianza como elemento subjetivo; por tanto, no resultarían aplicables los límites del *ius variandi*.
7. En virtud de la libertad genérica otorgada al empleador conforme al artículo 9° de la LPCL, podrá, válidamente, ejercer su *ius variandi* en virtud del retiro de confianza como una situación excepcional.

VI. RECOMENDACIONES:

1. Atendiendo a lo expuesto, a modo de recomendación, considero que resultaría factible que exista una acción legislativa que especifique y desarrolle la condición especial y naturaleza subjetiva de la calificación del personal de confianza, a efectos de que, no se generen controversias ante el retiro de confianza.

VII. BIBLIOGRAFÍA:

- Arce, E. (2007). Modificación de la prestación de trabajo: un estudio sobre las modificaciones sustanciales. *IUS ET VERITAS*,17(34), 124-135.<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12313>
- Arce, E. (2008). *Derecho Individual del Trabajo Desafíos y deficiencias trabajo* (Primera Edición). Palestra.
- Arce, E. (2013). *Derecho Individual del Trabajo Desafíos y deficiencias trabajo* (Segunda Edición). Palestra.
- Blancas, C. (2007). *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Boza, G. (2016). La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Una especial atención al *ius variandi* extraordinario. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social. *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social (pp. 694 -722)*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social.
- Espinoza J. (2018). La calificación del personal de dirección o de confianza: Entre los hechos y las formas. A propósito de la Casación Laboral No. 11137-2014-LIMA. *YACHAQ* (8), 130-144. <http://www.ciedcusco.com/wp-content/uploads/2018/08/yachaq8-parte8.pdf>
- García, E. (2009). El ejercicio del poder de dirección y el uso del correo electrónico en el ámbito de trabajo. *En Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. (p.214). Grijley.
- Gutiérrez, A. (2009). La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza. *IUS ET VERITAS*,19(38), 170-182. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12198>
- Guzmán – Barrón. (2016). Presente y futuro del ejercicio del *ius variandi* frente a las vicisitudes de la relación laboral en el Perú. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social. *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social (pp. 726 -749)*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social.
- Neves, J. (2009). *Introducción al Derecho del trabajo* (Segunda Edición). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Toyama, J. (2003). Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia. *Derecho & Sociedad*, (21), 172-189.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17368>
- Toyama, J & Merzthal, M. (2014). Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza. *THEMIS Revista De Derecho*, (65), 81-96.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10851>
- Toyama, J.(2015). *Derecho Individual del Trabajo*. Gaceta Jurídica.
- Toyama, J. (2016). Modificación de condiciones de trabajo: una mirada desde la jurisprudencia laboral y una propuesta. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social. *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social (pp. 786-804)*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social.
- Ulloa, D. (2011). El despido libre de los trabajadores de confianza: a propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional. *IUS ET VERITAS*, 21(43), 196-206.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12061>
- Tesis**
- De lama, M. (2015). *El Ius Resistentiae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP.
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4447>
- Florencia, M. (2017). “La pérdida de confianza como causal de despido por justa”. *Supuestos y condiciones de procedencia*. [Tesis de pregrado, Universidad de Siglo 21]. Repositorio Institucional Centro de Recursos para el Aprendizaje e Investigación – Universidad Siglo

21. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3505/MAE_DER_DE_TRIyL_001.pdf?sequence=1#:~:text=pueda%20hablar%20de%20%E2%80%9Creducci%C3%B3n%20inmotivada,dicho%20trabajador%20en%20el%20empleo%2C

Jiménez , M. (2018). *Actos de Hostilidad: La reducción inmotivada de categoría y/o de remuneración a los trabajadores de dirección y confianza (A propósito del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República: CAS.LAB. 3636-2010-CUSCO)*. [Tesis de maestría, Universidad de Piura]. Repositorio Institucional PIRHUA – Universidad de Piura. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3505/MAE_DER_DE_TRIyL_001.pdf?sequence=1#:~:text=pueda%20hablar%20de%20%E2%80%9Creducci%C3%B3n%20inmotivada,dicho%20trabajador%20en%20el%20empleo%2C

Legislación

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (1997, 27 de marzo) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR. http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Poder Constituyente (1993,30 de diciembre) Constitución Política del Perú de 1993. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Constitucion-Politica-del-Peru-1993.pdf>

Jurisprudencia

Sentencia Expediente No. 330-1996-AA-TC (1997,12 de setiembre) Tribunal Constitucional (Acosta Sánchez, F.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00330-1996-AA.pdf>

Sentencia Expediente No. 216-1995-AA/TC (1999, 17 de abril) Tribunal Constitucional (Acosta Sánchez, F.) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/00216-1995-AA.pdf>

Sentencia Expediente No. 746-2003-AA/TC (2004,19 de abril)	Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, J.) https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00746-2003-AA.pdf
Sentencia Expediente No. 4492-2004-AA/TC (2005,30 de setiembre)	Tribunal Constitucional (García Toma, V.) https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04492-2004-AA.pdf
Sentencia Expediente No. 4516-2004-AA/TC (2005,31 de octubre)	Tribunal Constitucional (García Toma, V.) https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04516-2004-AA.pdf
Sentencia Expediente No. 03501-2006- AA/TC (2007,28 de noviembre)	Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, J.) https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03501-2006-AA.pdf
Sentencia Expediente No. 08257-2006-PA/TC (2008,21 de agosto)	Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez, C.F.) https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08257-2006-AA.pdf
Sentencia Expediente No. 1042-2007-PA/TC (2009,24 de junio)	Tribunal Constitucional (Landa Arroyo, C.R.) https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01042-2007-AA.pdf
Sentencia Expediente No. 641-2010-PA/TC (2010,23 de agosto)	Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez, C.F.) https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00641-2010-AA.pdf
Sentencia Expediente No. 1828-2010-PA/TC (2010,15 de octubre)	Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez, C.F.) https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01828-2010-AA.pdf

- Casación No. 3636-2010-Cusco (2011,17 de agosto) Corte Suprema de Justicia de la República (Arévalo Vela, J.). <https://www.aele.com/system/files/archivos/infoespe/jurisprudencia3-%20Mayo.pdf>
- Casación Laboral No. 6961-2012-Junín (2013, 22 de marzo) Corte Suprema de Justicia de la República (Sivina Hurtado, H.). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/Cas.-Lab.-6961-2012-JUNIN-reducci%C3%B3n-de-categoria-hostilidad-LP.pdf>
- Casación Laboral No. 18450-2015-Lima (2016, 31 de octubre) Corte Suprema de Justicia de la República (Arévalo Vela, J.). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e76662004475608796b5de01a4a5d4c4/Resolucion_18450-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e76662004475608796b5de01a4a5d4c4
- Casación Laboral No. 4396-2017-Lima (2018, 19 de julio) Corte Suprema de Justicia de la República (Arévalo Vela, J.). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-Laboral-4396-2017-Lima-Legis.pe_.pdf
- Casación Laboral No. 16378-2016-Lima (2018, 28 de noviembre) Corte Suprema de Justicia de la República (Yaya Zumaeta, U.A.). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/06/Cas.-Lab.-16378-2016-Lima-Legis.pe_.pdf
- Casación Laboral No. 9916-2017-Lambayeque (2019, 29 de octubre) Corte Suprema de Justicia de la República (Ubillus Fortini, R.M.). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/05/Cas.-Lab.-9916-2017-Lambayeque-LP.pdf>

- Casación Laboral No. 13704-2017-Lima (2019, 28 de noviembre) Corte Suprema de Justicia de la República (Ubillus Fortini, R.M.). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/04/Casacion-Laboral-13704-2017-Lima-LP.pdf>
- Casación Laboral No. 20084-2017-Del Santa (2019, 16 de diciembre) Corte Suprema de Justicia de la República (Arias Lazarte, C.G.). <https://prcp.com.pe/wp-content/uploads/2019/12/CAS-20084-2017-Del-Santa-reducci%C3%B3n-categoría-hostilidad.pdf>
- Casación Laboral No. 25643-2017-Arequipa (2020, 13 de enero) Corte Suprema de Justicia de la República (Arias Lazarte, C.G.). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Cas-25643-2017-Arequipa-confianza-despido-LP.pdf>
- Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Lima (NLPT) 2017 Corte Superior de Justicia de Lima (Yangali Iparraguirre, G.E.). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bb035e804406fa109e93fe8857548753/doc10855320180109161305.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb035e804406fa109e93fe8857548753>
- VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional (2018, 22 de mayo) Corte Suprema de Justicia de la República (Arévalo Vela, J.). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/116c2e804a562989a987fdb1377c37fd/VII+PLENO+JURISDICCIONAL+SUPREMO+LABORAL-A%C3%B1o+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=116c2e804a562989a987fdb1377c37fd>
- Informe técnico**
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2019, 6 de diciembre) Informe No. 145-2019-MTPE/2/14.1 – Opinión Técnica sobre procedencia del pago de indemnización por despido arbitrario en virtud del retiro de confianza. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/535657/IF-145-DIC-O.T..pdf>

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

SUMILLA.- En el presente caso, esta Sala Suprema considera que la decisión de la demandada de realizar movilidad funcional descendente, que tuvo como consecuencia la reducción de Categoría de la actora, sin una justificación razonable, constituye un acto unilateral e inmotivado de hostilidad que afecta la dignidad de la trabajadora; razón por la cual, la causal denunciada deviene en **infundada**.

Lima, dos de diciembre de dos mil diecinueve

VISTA; la causa número dieciséis mil novecientos setenta y tres, guion dos mil diecisiete, guion **TACNA**, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, **Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna Sociedad Anónima**, mediante escrito de fecha cuatro de julio de dos mil diecisiete, que corre en fojas seiscientos treinta y dos a seiscientos treinta y ocho, contra la **Sentencia de Vista** de fecha veinte de junio de dos mil diecisiete, que corre en fojas seiscientos nueve a seiscientos veinticuatro, que revocó la **Sentencia emitida en primera instancia** de fecha veintisiete de abril de dos mil dieciséis, en fojas quinientos cincuenta y cinco a quinientos sesenta y uno, que declaró infundada en parte la demanda; en el proceso seguido por la demandante, **Jéssica Paola Girón Meza**, sobre cese de actos de hostilidad.

CAUSALES DEL RECURSO:

El recurso de casación presentado por la empresa **Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna Sociedad Anónima**, ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha treinta y uno de julio de dos mil diecinueve, que corre en fojas ciento nueve a ciento doce, por las siguientes causales:

- i) *Infracción normativa del numeral 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.***

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

ii) Infracción normativa del artículo 60° del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: Antecedentes del caso

a) Pretensión:

Según escrito de **demanda que corre en fojas ciento veinticinco a ciento cincuenta y siete**, la accionante pretende, entre otras, el cese del acto de hostilidad laboral consistente en la indebida movilidad o rotación funcional ordinaria simple, que implica una reducción del cargo y categoría laboral, conforme al literal b) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, solicita se proceda a su restitución en su cargo y categoría de Jefe Titular de Organización, Métodos y Procesos que corresponde al nivel de Funcionario 2 o en otro de igual o similar jerarquía o nivel en lugar del cargo y categoría de Administrador de Agencia que corresponde al nivel de Funcionario 3.

Sustenta su pretensión señalando que mantiene relación laboral con la entidad demandada por más de catorce años de servicios, siendo que el uno de junio de dos mil once se le asignó el cargo de Jefe de Logística que corresponde al nivel de funcionario 2 hasta el dos de febrero de dos mil quince, adquiriendo la titularidad en dicho cargo y que con fecha tres de febrero de dos mil quince se le asignó la titularidad en el cargo de Jefe de Organización, Métodos y Procesos que corresponde al nivel de Funcionario 2, no obstante dicha situación, la demandada le asigna en el año dos mil quince, el cargo de Administrador de Agencia Itinerante, que corresponde al nivel de Funcionario 3.

Argumenta que la movilidad funcional ordinaria dispuesta por la demandada resulta ilegal ya que el cargo que se le ha asignado es de inferior jerarquía o nivel jerárquico.

Señala que sólo es admisible la movilidad funcional dentro de un mismo grupo ocupacional o dentro del subnivel, más no así la movilidad descendiente a otro grupo ocupacional.

b) Sentencia de Primera Instancia:

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

Mediante **sentencia de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciséis**, emitida por el Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio de la Corte Superior de Tacna, que corre en fojas quinientos cincuenta y cinco a quinientos sesenta y uno, se declaró **Infundada** la demanda, al considerar que la actora prestó servicios como Jefe de Logística y Jefa de Organización, Métodos y Procesos, ambos cargos con nivel F2 como parte de una movilidad funcional temporal, pero siempre bajo la naturaleza de cargo de confianza, razón por la cual, no puede tener una titularidad respecto a dichos cargos. Añade que se puede concluir que de los términos primigenios del contrato de trabajo de la demandante con la demandada es que debe prestar servicios como Asistente de OMP, por tanto, el hecho de haber sido objeto de movilidad funcional a una Jefatura (Administradora de Agencia) no implica la variación inalterable del contrato de trabajo primigenio, razón por la cual la demandada no ha alterado las condiciones esenciales del contrato de trabajo, lo que lleva a la conclusión de que no existe un acto hostil.

c) Sentencia de Segunda Instancia:

Mediante **Sentencia de Vista de fecha veinte de junio de dos mil diecisiete** expedida por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que corre en fojas seiscientos nueve a seiscientos veinticuatro, **revocó** la sentencia apelada, declarando **Fundada en parte** la demanda, disponiendo entre otras, que la entidad demandada restituya a la demandante Jéssica Paola Girón Meza en el cargo de Jefe de Organización, Métodos y Procesos o en otro de igual nivel y categoría funcional.

Segundo: Infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución que pone fin al proceso, dando lugar a que la parte que se considere afectada pueda interponer su recurso de casación.

Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa, quedan subsumidas en el mismo las causales que fueron contempladas anteriormente en el artículo 386° del Código Procesal Civil, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

inaplicación de una norma de derecho material, además, incluye otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero: Sobre la causal declarada procedente

La norma constitucional objeto de casación, prescribe:

*“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. (...)”*

Cuarto: Delimitación del objeto de pronunciamiento

4.1 Conforme a la causal de casación declarada procedente, el análisis debe circunscribirse a delimitar si se ha infringido el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, relacionado a la afectación al debido proceso.

4.2 Sobre el derecho al debido proceso el Tribunal Constitucional es uniforme al sostener que:

“(...) 2. El artículo 139 de la Norma Suprema establece los principios y derechos de la función jurisdiccional. El inciso 3 garantiza la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. 3. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria realizada por el órgano jurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional (...)”¹

¹ Sentencia de fecha 8/8/2005, recaída en el Expediente N° 4907-2005-HC/TC.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

4.3 En relación a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente:

“(...) el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (...)”. Asimismo, sostiene que: “(...) /

a tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, más no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.²

4.4 A su vez el Tribunal Constitucional Español, en opinión que se comparte, ha señalado que:

“La arbitrariedad, por tanto, es lo contrario de la motivación que estamos examinando, es la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razón no atendible jurisdiccionalmente, de tal forma que la

² Expediente N° 0078-2008 HC

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

resolución aparece dictada en base a la voluntad o capricho del que la tomó como una de puro voluntarismo”³

4.5 Cabe añadir que el derecho a la debida motivación supone que la decisión judicial sea producto de una deducción razonable de los hechos del caso y de la valoración jurídica de las pruebas aportadas. Esto significa que los jueces tienen la obligación de argumentar de forma suficiente lo resuelto. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “[...] El deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha”⁴

4.6 A partir de ello, este Colegiado Supremo debe resolver el conflicto de intereses suscitado, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil, cuya finalidad concreta del proceso es resolver el conflicto de intereses planteado, haciendo efectivo los derechos sustanciales a fin de lograr la paz social en justicia; y en atención a lo dispuesto en el artículo 171° y segundo párrafo del artículo 173° del Código Procesal Civil.

Determinando en todo caso, que las nulidades sólo se sancionan por causa establecida en la Ley y la invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ellas, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario.

Quinto: Fundamento de la causal

La recurrente sostiene que la Sentencia de Vista afecta la garantía de una debida motivación, en tanto:

- a) La Sentencia impugnada en el considerando 3.10 señala que se ha acreditado el Acto de Hostilidad por reducción inmotivada de la categoría o nivel jerárquico al disponerse su movilidad funcional ordinaria para ejercer el cargo de Administrador de Agencia; sin embargo, el Colegiado no se pronunció respecto a que los cargos jefaturales desempeñados por la demandante son cargos de confianza.

³ Sentencia 63/1988 del 11 /4/88 publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 4 /5/88

⁴ Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia del 27 de enero del 2009, párrafo 154.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

- b) El colegiado no analiza que en los cargos de confianza puede existir movilidad funcional de forma ascendente y descendente, sin afectar derechos de los trabajadores.
- c) La Sala Superior ha omitido valorar los medios de prueba aportados en la demanda y oralizados en las Audiencias, generando una motivación aparente.

Sexto: Solución al caso concreto

6.1 Respecto a lo sostenido por la recurrente es menester precisar la argumentación que sostiene la decisión del colegiado superior de amparar la demanda estriba, en el hecho de que si bien la demandada se encuentra facultada a realizar movilidad funcional, también lo es que esta decisión debe responder a una necesidad de la empresa y estar razonablemente, más aún si de acuerdo a su instrumento normativo, "Políticas de Movilidad Funcional y/o Geográfica", toda movilidad debe producirse dentro del grupo ocupacional del trabajador, así como entre categorías, niveles o subniveles que sean equivalentes.

Al producirse el cambio de puesto, era el de Funcionario 2, no es razonable que la demandada le haya asignado labores del nivel de Funcionario 3, sin que exista una justificación razonable.

6.2 Por su parte la recurrente ha sostenido que la omisión de valoración de medios de prueba incorporados al proceso por parte de la Sala Superior ha conllevado a que en su análisis que la actora al haber ocupado distintos cargos dentro del nivel de funcionario 2, siempre tuvo un cargo de confianza, razón por la que al ser designada en el cargo de Administradora de Agencia, continúa ostentando un cargo de confianza, razón por la que su movilidad funcional descendente no constituye un acto de hostilidad, lo que afecta su derecho al debido proceso.

6.3 Estando así los hechos, debe mencionarse que la exigencia de valoración de las pruebas puede descomponerse en dos exigencias: a) la exigencia de que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte; b) la exigencia de que la valoración que se haga de las pruebas sea racional.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

En este sentido, el Código Procesal Civil en el artículo 197° dispone que “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada”. Concediendo que en la resolución se expresen “las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión”.

6.4 En este orden de ideas, el Colegiado Superior, llevando a cabo la valoración conjunta de los medios probatorios, como: la Constancia de Trabajo, el documento denominado: “Políticas de Movilidad Funcional y/o Geográfica”, cartas de comunicación de movilidad funcional, reconsideración y respuesta de la empresa demandada, así como la carta de requerimiento extrajudicial de cese de actos de hostilidad, determinó que la demandada, al ordenar la movilidad de la actora hacia un puesto de categoría inferior sin justificación razonable, había cometido un acto hostil, razón por la cual no es cierto que la sentencia de vista haya omitido valorar los medios de prueba de la demanda.

6.5 En ese sentido, el hecho de que la demandada no comparta las razones que utiliza la Sala Superior al fundamentar su fallo no constituye una afectación al debido proceso.

Por los fundamentos esgrimidos la Sentencia recurrida no afectó la debida motivación, derecho que se encuentra contemplado a nivel constitucional en el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

Por tal razón, estando a lo señalado en los considerandos precedentes no corresponde casar la sentencia que se han emitido en autos, deviniendo la causal invocada en improcedente. La recurrente es **infundada**.

Sétimo: Al haberse declarado infundado el recurso de casación respecto a la causal procesal, corresponderá emitir pronunciamiento respecto a la causal material denunciada de **infracción normativa del artículo 60° del Decreto Supremo N° 001-96-TR**.

Al respecto, debe señalarse que esta norma señala:

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

Refiere la recurrente que la Sala de mérito incurre en infracción de dicha norma puesto que en el proceso se demostró que los cargos que desempeñaba la demandante son cargos de confianza, razón por la cual la movilidad funcional descendente se encuentra justificada.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

Al respecto debe precisarse que el *ius variandi* consiste esencialmente en la facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores.

Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador, dentro de las limitaciones que le impone la ley.

Estos límites del *ius varianti* son aplicables a toda modificación de las condiciones esenciales del contrato, sea de los trabajadores de confianza o no.

En ese sentido, el empleador se encuentra obligado en principio a respetar la categoría del trabajador, por ello es que se le exige que para realizar cualquier intervención en dicho aspecto, sea por ejemplo, a través de una movilidad descendente u otra que altere el estatus del trabajador tiene como condición motivar las razones objetivas y necesarias que le llevan a tomar tal decisión.

Más aún si la categoría constituye el estatus propio del trabajador que se define por la profesión, especialización y experiencia del trabajador, en términos de BLANCAS BUSTAMANTE:

“la categoría profesional determina la posición jurídica del trabajador en la empresa y constituye por eso un elemento esencial de la relación de trabajo”⁵

Según ALONSO OLEA:

«(...) cada trabajador posee una calificación o categoría profesional que se tiene en cuenta al tiempo de contratar y a lo largo de la ejecución del contrato de trabajo, en virtud de la cual se le clasifica profesionalmente (...)».

Por su parte, BLANCAS BUSTAMANTE opina que:

«(...) categoría profesional y puesto de trabajo devienen conceptos distintos. El primero hace referencia a una posición o status determinado por la profesión, oficio, especialización o experiencia laboral del trabajador; el segundo indica las funciones concretas que desempeña el trabajador con la empresa (...)».

⁵ Blancas Bustamante, Carlos. El despido en el Derecho Laboral Peruano. Jurista Editores. Lima 2013.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

En ese contexto, se puede concluir que el trabajador al momento de celebrar el contrato de trabajo y ser promovido a diversas áreas, tiene la certeza de prestar servicios relacionados con su categoría profesional y, como consecuencia de ello, la prestación de servicios le deberá permitir desarrollar aún más sus actitudes profesionales.

Es por ello que alterar la categoría en un modo que signifique la reducción de su categoría profesional, estaría calificada con un acto de hostilidad equiparable a un despido arbitrario. Se debe agregar que si bien es factible asociar erróneamente el cambio de puesto de trabajo con una afectación de categoría; sin embargo, esto no ocurre siempre y cuando lo que se modifique son únicamente las funciones encomendadas empero se respete la categoría en los términos expuestos.

Ahora bien, mediante carta de fecha treinta de julio de dos mil quince, la demandada dispuso que la demandante ocupe el cargo de Administrador de Agencia, esto es a un cargo ubicado en el nivel de funcionario 3, inferior al nivel funcional 2 que ostentó desde el uno de junio de dos mil once cuando ocupó el cargo de Jefe de Logística y cargos posteriores dentro del nivel de funcionario 2.

En ese sentido queda claro de lo actuado en el proceso que la demandada promovió a la actora en el nivel de funcionario 2 por más de cuatro años y decidió de un momento a otro su descenso de categoría a funcionaria 3, sin acreditar la necesidad de la empresa y sin expresar las razones que justifican tal decisión.

Por lo tanto, tal como lo ha sostenido el Colegiado Superior el acto arbitrario de la empleada en virtud de la facultad del *ius variandi*, como es en el presente caso, la reducción de la categoría, afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales de la trabajadora, desconociendo el mérito de la promoción mediante el cual el demandante obtuvo la Categoría de Funcionario 2.

Por estas razones, en el presente caso, esta Sala Suprema considera que la decisión de la demandada de realizar movilidad funcional descendente sin una justificación razonable tuvo como consecuencia la reducción de la Categoría funcional de la actora, constituye un acto unilateral e inmotivado de hostilidad que afecta la dignidad de la trabajadora; razón por la cual, la causal denunciada es **infundada**.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 16973-2017
TACNA
Cese de Actos de Hostilidad
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

Por estas consideraciones

DECISIÓN:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, **Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna Sociedad Anónima**, mediante escrito de fecha cuatro de julio de dos mil diecisiete, que corre en fojas seiscientos treinta y dos a seiscientos treinta y ocho; en consecuencia, **NO CASARON** la **Sentencia de Vista** de fecha veinte de junio de dos mil diecisiete, que corre en fojas seiscientos nueve a seiscientos veinticuatro; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a Ley; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, **Jéssica Paola Girón Meza**, sobre cese de actos de hostilidad; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Ato Alvarado**; y los devolvieron.

S.S.

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

UBILLUS FORTINI

MALCA GUAYLUPO

ATO ALVARADO

Beg