



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 31 de octubre de 2017. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don David Antero Tito Flores contra la sentencia de fojas 420, de fecha 25 de noviembre de 2014, expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 27 de diciembre de 2013 y escrito subsanatorio de fecha 24 de enero de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Compañía Minera Antapaccay SA, solicita que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 2 de diciembre de 2013 y que, en consecuencia, se le reincorpore a su puesto de supervisor de planeamiento y almacén. Sostiene que laboró para la emplazada por más de 28 años de manera ininterrumpida, pese a lo cual ha sido objeto de un despido nulo, porque fue cesado como represalia por haberse constituido el Sindicato de Trabajadores Funcionarios de la Compañía Minera Antapaccay (Sitramina).

Señala que con fecha 23 de noviembre de 2013 se constituyó el referido sindicato y que el 27 de ese mismo mes y año fue inscrito en el Registro de Organizaciones Sindicales de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Cusco, pero que solo tres días después fue despedido por la demandada aduciendo un supuesto retiro de confianza. Manifiesta que su despido es nulo porque se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical, que comprende el derecho a constituir una organización sindical y ser elegido como dirigente sindical, así como también el derecho de afiliarse a un sindicato, y que ello es manifiesto porque su cese se produjo solo unos días después de que se constituyera el Sitramina y que sea parte del comité organizador, ocupando el cargo de director de debates.

Afirma el actor que, al igual que él, otros tres miembros de la junta directiva también fueron víctimas de despido nulo y que además cuatro trabajadores afiliados al Sitramina fueron despedidos por el mismo motivo, lo que evidencia la actuación de la emplazada de cesar a los trabajadores solo por el hecho de ejercer su derecho a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC

CUSCO

DAVID ANTERO TITO FLORES

libertad sindical, reconocido en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política del Perú, así como en el artículo 2º del Decreto Supremo 010-2003-TR y en convenios internacionales.

El apoderado de la emplazada deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda argumentando que la controversia debe ser resuelta en la vía del proceso ordinario laboral por ser una vía igualmente satisfactoria, toda vez que el proceso abreviado es el indicado para cuestionamientos relativos a despidos en los que se alega su nulidad por actos antisindicales del empleador, el cual, a diferencia del proceso de amparo, tiene una etapa probatoria. Manifiesta que el actor no acredita haber sido objeto de un despido nulo derivado de su afiliación al Sitramina porque en la fecha en la que se procedió a retirarle la confianza la emplazada aún no había sido comunicada formalmente sobre la existencia de dicho sindicato, pues esta recién se produjo el 4 de diciembre de 2013 y antes de esa fecha no se conocía que el actor hubiera participado en la constitución del referido sindicato.

Señala que en el año 2013 se produjo el cierre de las operaciones en la mina de Tintaya, por lo que un buen número de su personal pasó a la mina de Antapaccay, motivando una situación de excedencia de trabajadores, siendo necesario un proceso de desvinculación de dicho personal, procediendo a negociar con ellos para que acepten sus ceses. Refiere que entre octubre y diciembre de 2013 se produjo el cese de 149 trabajadores, la mayoría por mutuo disenso, pero que en otros casos tuvieron que adoptarse otras medidas, como en el caso del actor, quien fue cesado por razones de excedencia, invocándose el retiro de la confianza porque no aceptó de manera voluntaria el término de su vínculo contractual, por tanto, no le corresponde la reposición, sino el pago de la indemnización prevista en el artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Sostiene que el demandante se desempeñaba como supervisor de planeamiento y almacén, ocupando un cargo de confianza conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, y que el retiro de esta se efectuó conforme a ley, por lo que no se puede afirmar que haya existido un despido nulo fundado en supuestos motivos antisindicales, más aún si el recurrente no acredita ello. Refiere que, por las funciones que realizaba el actor, su cargo era de confianza, además porque tenía que coordinar supervisiones y auditorías con organismos estatales y corporativos, las cuales debían ser reportadas al personal de dirección.

El Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo del Cusco, con fecha 18 de julio de 2014, declaró infundada la excepción de incompetencia por razón de la materia; y, con fecha 22 de setiembre de 2014, declaró fundada la demanda por estimar que el actor y otros trabajadores se encontraban protegidos por el fuero sindical desde el 25 de noviembre de 2013, fecha de la presentación de la solicitud de inscripción, por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC

CUSCO

DAVID ANTERO TITO FLORES

tanto la demandada para despedirlo debió invocar una causa justa prevista en la ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Supremo 010-2003-TR.

El *a quo* señala que no está acreditado que en los hechos el actor se desempeñara como trabajador de confianza y que, además, en autos se corroboró que el actor no mantenía una relación consistente en la recíproca confianza con su empleador, por tanto, no correspondía despedirlo argumentándose el retiro de la confianza. Señala que el demandante fue víctima de un despido nulo y que corresponde ordenar su reincorporación, toda vez que se vulneraron sus derechos al trabajo y a la libertad sindical al comprobarse que su despido obedeció a la constitución del Sitramina y a su afiliación sindical.

La Sala revisora revocó la apelada y declaró infundada la demanda por considerar que el artículo 31 del Decreto Supremo 010-2003-TR debe ser concordado con el artículo 26 del Decreto Supremo 011-92-TR, lo que exige que el sindicato, a través de su junta directiva, cumpla con comunicar a su empleador sobre la constitución de este, para así poder proteger a sus trabajadores afiliados y a la dirigencia sindical de cualquier accionar del empleador que pretenda vulnerar el derecho a la libertad sindical.

El *ad quem* sostiene que no está probado que la emplazada haya conocido de la constitución del sindicato y que por ese motivo se despidiera al demandante, pues el cese del actor es anterior a su comunicación, por tanto, no es posible sostener que el despido del actor sea nulo al no existir afectación del derecho a la libertad sindical.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se ordene su reposición laboral en el cargo de supervisor de planeamiento y almacén por haber sido víctima de un despido nulo. Alega que su despido estuvo motivado por la constitución del Sindicato de Trabajadores Funcionarios de la Compañía Minera Antapaccay, en el que además fue parte del comité organizador, vulnerándose su derecho a la libertad sindical y al trabajo. Refiere que otros trabajadores (dirigentes sindicales y afiliados) también fueron despedidos por el mismo motivo, lo que evidencia aún más que en esos casos la emplazada ha actuado con manifiesta afectación de los derechos sindicales, pese a que estos se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú, en normas de derecho interno y en convenios internacionales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC

CUSCO

DAVID ANTERO TITO FLORES

Procedencia de la demanda

2. En primer término, cabe precisar que la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos) fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015.
3. Conforme a los presupuestos establecidos en el fundamento 15 de la referida sentencia, este Tribunal considera que, para el caso en concreto, se debe realizar un pronunciamiento atendiendo al fondo del asunto, ya que existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho involucrado, toda vez que el actor tanto en su demanda como durante todo el desarrollo del presente proceso afirma la existencia de un despido nulo derivado de la afectación de su derecho a la libertad sindical (derecho a constituir un sindicato y a afiliarse a este).
4. Por tanto, dado que la presente demanda tiene por objeto que cese la violación de los derechos constitucionales a la libertad sindical y al trabajo; y que, en consecuencia, se ordene la reposición del actor por haber sido víctima de un despido nulo, este Tribunal estima que el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger el derecho a la libertad sindical, por lo que se procederá a analizar el fondo de la controversia a fin de determinar si en el caso de autos existió un despido nulo.

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

5. El recurrente solicita que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 2 de diciembre de 2013, pues sostiene que si bien la demandada señala que el cese se sustenta en el retiro de la confianza, en realidad fue objeto de un despido nulo al ser despedido por constituir, conjuntamente con otros trabajadores el Sitramina, y ser parte del comité organizador, hecho que se encuentra acreditado dado que su despido se efectuó solo días después de la constitución e inscripción del referido sindicato. Señala que se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical que comprende el derecho a constituir una organización sindical y ser elegido como dirigente sindical, así como también el derecho de afiliarse a un sindicato, derechos sindicales reconocidos en la Constitución Política del Perú, el Decreto Supremo 010-2003-TR, otras normas de derecho interno, así como en convenios internacionales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC
CUSCO
DAVID ANTERO TITO FLORES

Argumentos de la parte demandada

6. La emplazada manifiesta que existe una vía igualmente satisfactoria para dilucidar la controversia. Afirma que el actor era un trabajador de confianza y que no acredita el despido nulo porque en la fecha en que se le retiró la confianza la emplazada aún no era comunicada de la constitución del Sitramina, pues esta recién se realizó el 4 de diciembre de 2013, y antes de esa fecha no se conocía que el actor había sido representante del sindicato. Refiere que debido al cierre de la mina Tintaya y al traspaso de algunos de sus trabajadores a la mina Antapaccay se produjo una situación de excedencia del personal, por lo que entre octubre y diciembre de 2013 se efectuó el cese de 149 trabajadores, la mayoría por mutuo disenso, pero que en el caso del actor se optó por retirarle la confianza y cesarlo porque no aceptó de manera voluntaria el término de su vínculo contractual, correspondiéndole entonces únicamente el pago de la indemnización prevista en el artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Análisis de la controversia

7. A fojas 36 obra la carta de despido de fecha 2 de diciembre de 2013 dirigida al actor, mediante la cual la emplazada le comunicó el término de su vínculo contractual laboral, invocando el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, y señalando que, al haber laborado en un cargo de confianza, se procedía al retiro de esta. En dicho documento se consigna que aún cuando el cese del demandante se efectuaba conforme a ley, se le pagarían sus beneficios sociales y la indemnización prevista para los casos despido arbitrario.
8. Al respecto, este Tribunal debe precisar que, si bien la emplazada aduce que el actor era un trabajador de confianza, en la sentencia emitida en el Expediente 0575-2011-PA/TC, se ha establecido lo siguiente: “(...) *la realidad de los hechos y la naturaleza de las labores son la que determinan si un cargo es, o no, de confianza o de dirección (...)*”. Por tanto, a fin de determinar si un trabajador es de confianza, se deberá analizar el presente caso en función a lo dispuesto en las sentencias emitidas en los Expedientes 03501-2006-PA/TC y 0575-2011-PA/TC.
9. Siendo así, tenemos que, en virtud de la jurisprudencia previamente citada y, conforme a las funciones que debía realizar el actor en el cargo de supervisor de planeamiento y almacén según el documento denominado “descripción del puesto”, presentado por la emplazada (folios 197 a 202), se concluye que éste no era un trabajador de confianza, por lo que no correspondía que fuera cesado invocándose el retiro de la confianza depositada en un trabajador, sino por una causa justa de despido prevista en la ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC

CUSCO

DAVID ANTERO TITO FLORES

10. Por tanto, habiéndose concluido por la naturaleza de las funciones que realizaba el actor que no era un trabajador de confianza y conforme a lo expuesto en el fundamento 6 *supra*, se procederá a analizar si en el presente caso se vulneró el derecho a la libertad sindical y si el demandante fue víctima de un despido nulo como sostiene.

11. El artículo 28 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático. 1. Garantiza la libertad sindical”. En esa línea, a través de la sentencia emitida en el Expediente 0008-2005-PI/TC, este Tribunal dispuso que la libertad sindical se define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, e indica también que la libertad sindical *intuitu persona* se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución.

12. Por su parte, el artículo 11 del Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, señala que los estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores el libre ejercicio del derecho de sindicación. El artículo 3.1 del Convenio precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades, y de formular su programa de acción.

13. Asimismo, el artículo 1 del Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, dispone lo siguiente:

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

14. Según esa perspectiva normativa, en la sentencia emitida en el Expediente 04468-2008-AA/TC, este Tribunal señaló lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC

CUSCO

DAVID ANTERO TITO FLORES

(...) conviene traer a colación lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT con relación a la libertad sindical:

“Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo -tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales- y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato. El Comité ha estimado que tal garantía, en el caso de dirigentes sindicales, es también necesaria para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores han de contar con el derecho de escoger a sus representantes con plena libertad” (La libertad sindical. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición (revisada) 2006) (Subrayado agregado) (STC N.º 08330-2006-PA).

15. En ese mismo sentido, el inciso “a” del artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR prescribe que se considera nulo el despido que tenga por motivo la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales. Por su parte, el Decreto Supremo 010-2003-TR, en su artículo 4, establece lo siguiente:

El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen.

16. Así tenemos que de fojas 8 a 33 de autos se corrobora que con fecha 23 de noviembre de 2013 se constituyó el Sindicato de Trabajadores Funcionarios de la Compañía Minera Antapaccay (Sitramina), acto en el cual también se eligió a su junta directiva, siendo el demandante afiliado al sindicato. Asimismo, con fecha 27 de ese mismo mes y año se inscribió el referido sindicato en el Registro de Organizaciones Sindicales de la Subdirección de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Cusco (folios 34 y 35).

17. A su vez, el artículo 30 del Decreto Supremo 010-2003-TR dispone “El fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación”. Y su artículo 31 establece lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC

CUSCO

DAVID ANTERO TITO FLORES

Están amparados por el fuero sindical:

- a) Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después.
- b) Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales.

18. Por tanto, dado que el demandante fue despedido el 2 de diciembre de 2013 (folio 36), esto es, con posterioridad a la constitución, solicitud de registro y registro del Sitramina (23, 25 y 27 de noviembre de 2013, respectivamente), y en virtud de lo establecido en los fundamentos 11 a 15 y 17 *supra*, que recogen lo relativo al reconocimiento, alcances y protección del derecho a la libertad sindical previsto en la Constitución Política del Perú, convenios internacionales, normas jurídicas de derecho interno, y jurisprudencia de este Tribunal, se concluye que el demandante fue objeto de un despido nulo, fundado en una conducta antisindical por parte de la emplezada, dado que se vulneró el derecho a la libertad sindical previsto en el artículo 28 de la Constitución.

19. Lo antes señalado se refuerza con la documentación que obra de fojas 38 a 49, puesto que de ella se advierte que entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre de 2013, con el mismo argumento utilizado para el presente caso, la demandada cesó también a los señores Walter Chirinos Herrera, Zenón Bautista Bolívar, Gerardo Machacca Taipe, Ángel Aparicio Arispe, Joel Hernández Tejada y Cosme Bayona Caraza, quienes se afiliaron al Sitramina (folios 31 a 33).

20. En consecuencia, al comprobarse que el despido del demandante estuvo motivado por su afiliación a una organización sindical, es decir, por haber hecho ejercicio de su derecho a la libertad sindical, en el presente caso se ha configurado un despido nulo, por lo que corresponde la reincorporación del demandante.

Efectos de la sentencia

21. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la emplezada ha vulnerado el derecho constitucional a la libertad sindical, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.



Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir los costos y costas procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la libertad sindical; en consecuencia, declarar **NULO** el despido de que ha sido objeto el demandante.
2. **ORDENAR** que la Compañía Minera Antapaccay SA reponga a don David Antero Tito Flores como trabajador en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC
CUSCO
DAVID ANTERO TITO FLORES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Estando de acuerdo con el fallo adoptado por la mayoría de mis colegas, considero necesario efectuar las siguientes precisiones relativas a la jurisprudencia aplicable al caso bajo análisis:

Sobre la aplicación del precedente Elgo Ríos

1. En el precedente Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional precisa los criterios de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.
2. Al respecto, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:
 - a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
 - b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
3. Al respecto, cabe mencionar que de acuerdo a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ de 3 de setiembre de 2015, corroborada con la consulta efectuada el día 25 de julio de 2018, a la página web del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial: (https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etii_nlpt/as_mapa/), a la fecha de interposición de la presente demanda (27 de diciembre de 2013) había



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC

CUSCO

DAVID ANTERO TITO FLORES

entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Cusco, por lo que en el referido distrito judicial se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

4. Por lo que, conforme a la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde que la demanda de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

S.


MIRANDA CANALES

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario*, englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC

CUSCO

DAVID ANTERO TITO FLORES

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

El demandante alega que su despido, ocurrido el 2 de diciembre de 2013, es nulo pues es consecuencia de su afiliación a un sindicato (cfr. fojas 36).

Sin embargo, a partir de los medios probatorios adjuntados, no es posible determinar que tal despido tenga por motivo la afiliación sindical, pues mientras el recurrente dice que la demandada tenía conocimiento de su sindicalización en la mencionada fecha (2 de diciembre de 2013), la demandada señala que recién el 2 de diciembre de 2013 el sindicato solicitó a la Autoridad de Trabajo que notifique a la demandada la inscripción sindical (lo que ocurrió el 4 diciembre de 2013), por lo que ésta no tuvo ninguna comunicación formal sobre la constitución del sindicato en la fecha de cese del demandante (cfr. fojas 86).

Por ello, estimo que resulta necesaria una mayor actuación probatoria para resolver esta controversia, de conformidad con el artículo 9 del Código Procesal Constitucional.

Siendo esto así, debe evaluarse si lo pretendido en la demanda puede ser dilucidado en una vía diferente a la constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, en la Sentencia 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

En el caso de autos, el proceso laboral de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. Es decir, el proceso laboral se constituye en una vía célere y



eficaz respecto del amparo, donde puede resolverse el caso propuesto por el demandante. Por tanto, existe una vía igualmente satisfactoria que es el proceso laboral.

Ahora bien, atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta el 27 de diciembre de 2013 y subsanada el 24 de enero de 2014, es decir con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC en el diario oficial El Peruano, corresponde habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la precitada sentencia.

Por último, debo señalar que el fundamento 9 de la ponencia afirma (a partir de la lectura del documento "descripción del puesto") que el demandante no es un trabajador de confianza, pero sin indicar las razones que le llevan a esa conclusión. En mi opinión, se estaría incurriendo aquí en una ausencia de la debida motivación, lo cual es especialmente sensible en este caso, si se tiene en cuenta que para ser miembro de un sindicato se requiere "no formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita", según el artículo 12, inciso b), del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Por lo demás, el demandante parecería no negar su calidad de trabajador de confianza, cuando afirma lo siguiente:

"En lo que respecta a lo sostenido por la demandada en la carta de despido en el sentido de que lo que se ha producido es el término de la relación laboral por pérdida de confianza, ello constituiría un típico acto de abuso del derecho, porque de aceptarse implicaría que los trabajadores de confianza estarían impedidos de sindicalizarse y no podrían constituir sindicatos, pues sería suficiente que se les retire la confianza a los constituyentes del sindicato, para que no puedan ejercer la libertad sindical (...). Bajo esta perversa lógica sería imposible que se constituyan sindicatos de funcionarios y/o que los funcionarios se afilien a una organización sindical (...)" (fojas 57).

En atención a estas consideraciones, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.
2. Habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00221-2015-PA/TC
CUSCO
DAVID ANTERO TITO FLORES

conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL