



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC
HUAURA
EDWIN ALEXANDER ARIAS
BARAHONA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de marzo de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez aprobado en la sesión de Pleno administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Edwin Alexander Arias Barahona contra la sentencia de fojas 368, de fecha 28 de setiembre de 2015, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de enero de 2015 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Lima, a fin de que se deje sin efecto su despido arbitrario y, en consecuencia, se disponga su reposición en el cargo que venía desempeñando como técnico en desarrollo social I en la Oficina Regional de Atención a la Persona con discapacidad (Oredis) en la Gerencia Regional de Desarrollo Social del Gobierno Regional de Lima, más el pago de los costos del proceso. Manifiesta que laboró desde febrero de 2010 hasta el 5 de enero de 2015, en principio bajo la apariencia de un contrato de locación de servicios, pues nunca suscribió contrato alguno, y, posteriormente, contrato de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico bajo los alcances del Decreto Legislativo 728. Refiere que desde el inicio de sus labores se ha encubierto la relación laboral a plazo indeterminado que mantenía con la demandada, puesto que realizaba una prestación personal, percibía una remuneración y se encontraba sujeto a subordinación, por lo que los contratos de trabajo a plazo fijo también se han desnaturalizado. Alega la vulneración de sus derechos al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y a la protección que goza la persona con discapacidad.

El Procurador Público *Ad hoc* del Gobierno Regional de Lima contesta la demanda. Argumenta que el demandante prestó servicios para su representada, en un primer periodo bajo la modalidad de servicios de terceros; y, en un segundo periodo, bajo la modalidad de contratos de trabajo a plazo fijo, este último con vencimiento hasta el mes de diciembre de 2014, no acreditándose de modo alguno que se hayan



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC
HUAURA
EDWIN ALEXANDER ARIAS
BARAHONA

desnaturalizado dichos contratos, sino que se ha producido la conclusión del último contrato de trabajo suscrito. Agrega que no es cierta la fecha de ingreso del accionante (3 de enero de 2011), pues de enero a octubre del 2011 estaba solamente prestando servicios de computación como locador de servicios, motivo por el cual formula tacha contra el documento denominado “constancia de trabajo”.

El Tercer Juzgado Civil de Huacho, con fecha 14 de abril de 2015, declaró fundada la demanda por considerar que, en la documentación presentada, se puede advertir que el accionante ha venido laborando para la demandada por más de 2 años ininterrumpidos, en forma permanente, bajo subordinación y sujeto al pago de una remuneración mensual. Por ende, debe entenderse que existe un contrato de trabajo, y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. En tal sentido, al haberse producido la conclusión de la relación laboral, corresponde que se repongan las cosas al estado anterior de la afectación de sus derechos constitucionales.

La Sala Superior revisora revocó la apelada y reformándola, declaró improcedente la demanda por estimar que el demandante no puede ser reincorporado a su centro de trabajo, pues, conforme al precedente contenido en la Sentencia 05053-2013-PA/TC del Tribunal Constitucional, el presente proceso debe ser reconducido al proceso laboral ordinario para que, de ser el caso, el recurrente solicite la indemnización que corresponde conforme al artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo 728.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando como técnico en desarrollo social I en la Oficina Regional de Atención a la Persona con discapacidad (Oredis) en la Gerencia Regional de Desarrollo Social del Gobierno Regional de Lima, más el pago de los costos del proceso.

Reglas establecidas en el precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC

2. En la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de junio de 2015, este Tribunal estableció en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, que, en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó en la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC
HUAURA
EDWIN ALEXANDER ARIAS
BARAHONA

procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.

También se precisó que las demandas presentadas a partir del día siguiente de la publicación de la citada sentencia en el diario oficial *El Peruano*, cuyas pretensiones no cumplan el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso en la Administración Pública mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción.

Finalmente, también con carácter de precedente, se estableció la obligación de las entidades estatales de aplicar las correspondientes sanciones a los funcionarios o servidores que incumplieron las formalidades en la contratación de la parte demandante (cfr. fundamento 20 de la Sentencia 05057-2013-PA/TC).

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

3. El actor solicita que se disponga su reposición en el cargo que venía desempeñando como técnico en desarrollo social I en la Oficina Regional de Atención a la Persona con discapacidad (Oredis) en la Gerencia Regional de Desarrollo Social del Gobierno Regional de Lima. Manifiesta que laboró desde febrero de 2010 hasta el 5 de enero de 2015, en principio bajo la apariencia de un contrato de locación de servicios, pues nunca suscribió contrato alguno, y, posteriormente, contrato de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico bajo los alcances del Decreto Legislativo 728, los cuales se han convertido en uno de plazo indeterminado. Alega la vulneración de sus derechos al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y a la protección que goza la persona con discapacidad.

Argumentos de la parte demandada

4. La parte demandada alega que el actor prestó servicios para su representada, en un primer periodo, bajo la modalidad de servicios de terceros y, en un segundo periodo, bajo la modalidad de contratos de trabajo a plazo fijo, este último con vencimiento hasta el mes de diciembre de 2014, no acreditándose de modo alguno que se hayan desnaturalizado dichos contratos, sino que se ha producido la conclusión del último contrato de trabajo suscrito



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC
HUAURA
EDWIN ALEXANDER ARIAS
BARAHONA

Consideraciones del Tribunal Constitucional

5. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
6. El artículo 63 del Decreto Supremo 003-97-TR establece expresamente que “los contratos para obra determinada o servicio específico son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada”. Y el artículo 72 prescribe que “los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral”.
7. Ahora bien, el artículo 77, inciso “d”, del decreto en mención precisa que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se desnaturalizan cuando, entre otros supuestos, el trabajador demuestra la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en ese cuerpo legal.
8. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que no puede ser reincorporado mediante un contrato a plazo indeterminado quien no ingresa por concurso público.
9. En el presente caso, tenemos que según lo vertido por ambas partes el accionante realizó actividad laboral suscribiendo contratos de trabajo para servicio específico (folios 246 y 295), de los cuales se desprende que la entidad demandada no cumplió con consignar la causa objetiva de contratación. De este modo, este Tribunal considera que la parte demandada no cumplió con especificar la causa objetiva determinante de la contratación o necesidad perfectamente delimitada a satisfacerse mediante una contratación temporal.
10. Por lo tanto, al no haberse justificado la causa objetiva determinante de la contratación temporal en el referido contrato, el contrato de trabajo se ha desnaturalizado. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) el aludido precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC (que se sustenta en el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público) exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y ii) en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC
HUAURA
EDWIN ALEXANDER ARIAS
BARAHONA

el caso de autos, conforme se desprende de la demanda y sus recaudos, el demandante no ingresó mediante dicho tipo de concurso público.

11. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que la pretensión de la parte demandante debe ser declarada improcedente en esta sede constitucional. De otro lado, y atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con anterioridad a la publicación de la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, corresponde remitir el expediente al juzgado de origen para que proceda a reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral, conforme se dispone en el fundamento 22 de la precitada sentencia; y ordenar que se verifique lo pertinente con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionada en el fundamento 20 del precedente establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.
2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen para que proceda conforme se dispone en los fundamentos 20 y 22 del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC

HUAURA

EDWIN

ALEXANDER

ARIAS

BARAHONA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia expedida en autos, discrepo de su fundamentación.

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 00781-2016-PA/TC

HUAURA

EDWIN

ALEXANDER

ARIAS

BARAHONA

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC

HUAURA

EDWIN ALEXANDER ARIAS

BARAHONA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI EN EL QUE
OPINA QUE CORRESPONDE DECLARAR IMPROCEDENTE LA DEMANDA
Y DISPONER SU RECONDUCCIÓN AL PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

Si bien concuerdo con mis colegas magistrados en declarar improcedente la demanda por las razones que pasaré a exponer a continuación, discrepo, muy respetuosamente, del segundo punto resolutivo del auto de mayoría, pues considero que en el presente caso, corresponde disponerse la reconducción de la demanda al proceso contencioso administrativo.

1. La demanda de autos tiene por objeto que se ordena la reposición laboral del actor en el cargo que venía desempeñando como técnico de desarrollo social de la Oficina Regional de Atención a la persona con discapacidad (Oredis) en la Gerencia Regional de Desarrollo Social del Gobierno Regional de Lima, más el pago de costos del proceso.
2. Como es de verse, el presente proceso se encuentra vinculado con los derechos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, ambos consagrados en los artículos 22 y 27 de la Constitución.
3. En el precedente Baylón Flores (sentencia 00206-2005-PA/TC), este Tribunal considero que cuando las entidades públicas se encuentren adscritas al régimen laboral de la actividad privada, por norma expresa, el proceso de amparo será la vía idónea para el análisis de la relación contractual, a fin de determinar si existió o no desnaturalización del vínculo laboral del trabajador, y por consiguiente, si existió, o no, un uso fraudulento de alguna forma de contratación especial, esto en virtud del principio de primacía de la realidad, siempre y cuando se presenten los medios de prueba necesarios que demuestren tal situación. Sin embargo, también en dicha sentencia se estableció que el proceso contencioso administrativo es el proceso idóneo para evaluar la pretensiones vinculadas con el régimen laboral público.
4. De los medios de prueba existentes en autos, se aprecia que el Gobierno Regional de Lima contrató los servicios del demandante como Asistente de la Oficina Regional de Atención a la Persona con Discapacidad (OREDIS), Auxiliar Administrativo II y Técnico en Desarrollo Social I, suscribiendo para tal fin contratos de locación de servicios, contratos a plazo fijo y de servicio específico laborando para la entidad demanda desde febrero de 2010 hasta 31 de diciembre de 2014 (fojas 3 a 23, 24 a 72, 74 a 90, 91 a 140, 142 a 247, 295 y 296). Si bien el actor realizó actividades bajo formas de contratación temporales, de autos se aprecia que efectuó labores de naturaleza permanente, subordinada, remunerada y sujeto a un horario de trabajo de entrada y salida.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC

HUAURA

EDWIN ALEXANDER ARIAS

BARAHONA

5. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la cual establece que los trabajadores y funcionarios de los gobiernos regionales se sujetan al régimen laboral público, es decir, al Decreto Legislativo 276.
6. En tal sentido, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la Sentencia 206-2005-PA/TC, es evidente que la pretensión demandada corresponde ser resuelta vía el proceso contencioso administrativo, pues esa es la vía procedimental idónea para ventilar las pretensiones relacionadas al régimen laboral público. En tal sentido, a fin de que el demandante no se vea perjudicado en el acceso a la vía procesal que le corresponde para la tramitación de su pretensión, dado que interpuso su demanda el 20 de enero de 2015, corresponde reconducir su demandada a la vía procesal del proceso contencioso administrativo.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare improcedente la demanda de amparo y se reconduzca hacia el proceso contencioso administrativo, a fin que se admita a trámite y, en su oportunidad, se emita el pronunciamiento respectivo.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC
HUAURA
EDWIN ALEXANDER ARIAS
BARAHONA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

El Tribunal ha resuelto, por mayoría, declarar improcedente la demanda y, en aplicación del precedente que contiene el fundamento 22 de la STC 05057-2013-PA/TC, ha dispuesto que se reconduzca los actuados a la jurisdicción ordinaria. Me encuentro en desacuerdo con la decisión y estas son las razones que lo fundamentan.

*

En la STC 05057-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció diversas reglas en calidad de precedentes. La principal es la que contiene el fundamento 18, según la cual, en los casos en los que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil, no podrá ordenarse la reposición si el trabajador no ingresó mediante concurso público respecto de una plaza, presupuestada y vacante, de duración indeterminada.

Mediante la primera condición —haber ingresado mediante concurso público— el Tribunal decidió poner coto a una práctica inveterada, consistente en utilizar el empleo público como un medio para obtener el servicio o la lealtad del trabajador y, en su lugar, exigir que la permanencia en un cargo público obedezca a las calificaciones y competencias con que este cuenta y, por cierto, demuestra en un concurso de oposiciones.

Este *lelos* meritocrático que está en la base del precedente aplica exclusivamente a los trabajadores en el empleo público. Y plantea que en los casos en los que se produzca la desnaturalización de la contratación temporal o civil, la protección adecuada contra el despido arbitrario —garantizada por el artículo 27 de la Constitución—, debe hacerse efectiva mediante el sistema de compensación; es decir, con el pago de una indemnización, que es una de las modalidades como el legislador pudo desarrollar este derecho constitucional de configuración legal, según indica el ordinal "d" del artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

**

La STC 05057-2014-PA/TC también aspiraba a establecer como vinculante la aplicación inmediata de la regla anterior. Mi voto a favor de que no deba ordenarse la reposición de los trabajadores que no ingresaron por concurso público, no comprendió su aplicación inmediata a los procesos en trámite [fundamento 21], ni la reconducción



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC
HUAURA
EDWIN ALEXANDER ARIAS
BARAHONA

de estos a la justicia ordinaria [fundamento 22]. Precisé, en efecto, que "[n]o obstante, en relación al precedente, manifiesto mi disconformidad con su aplicación inmediata...", pues "estimo que la variación de un criterio que comportará, a su vez, una reconducción del proceso a la vía ordinaria (y, con ella, una alteración de la pretensión), debería operar solo para aquellos casos que se inicien luego de que esta sentencia sea publicada en el diario oficial *El Peruano*".

Fui de la opinión que en la STC 5057-2013-PA/TC correspondía expresar un "fundamento de voto" pues estuve "...de acuerdo con el modo en el que se ha resuelto el caso". Este comprendió mi conformidad con la decisión y con los fundamentos en los que esta se justificó. Allí se declaró infundada la demanda porque la relación laboral de doña Rosalía Huatuco Huatuco cesó por vencimiento del plazo del contrato de trabajo, sin que en dicha relación laboral se observara desnaturalización alguna [fundamentos 29 a 33]. Y dado que no se trató de una desnaturalización laboral, las reglas formuladas en los fundamentos 18, 21, 22 de la STC 5057-2013-PA/TC no fueron allí aplicadas — pese a que en diversos momentos el Tribunal Constitucional se ha impuesto como una sana política en la expedición de precedentes, que estos surjan "a partir de un caso concreto" [Cf. STC 3741-2004-PA/TC, fundamento 43]—.

Ahora se resuelve un caso bajo las diversas reglas del precedente establecido en la STC 05057-2013-PA/TC ¿Son aplicables estas reglas a los casos iniciados con anterioridad a su expedición, como el que ahora tenemos que resolver? En mi opinión, la respuesta es negativa. Como expresé en mi fundamento de voto en la STC 5057-2013-PA/TC, así como en mi voto singular de la respectiva aclaración, la regla de la aplicación inmediata vulnera la seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones que emita este Tribunal.

De modo pues que, al ser aun aplicables a este caso las reglas y la jurisprudencia de este Tribunal vigentes antes de la aprobación de la STC 5057-2013-PA/TC, y al haberse acreditado que se desnaturalizó el contrato de trabajo de la parte demandante [fundamento 10 de la STC 00781-2016-PA/TC] corresponde ordenar su reposición.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC

HUAURA

EDWIN ALEXANDER

ARIAS

BARAHONA

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.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al “derecho de estabilidad en el trabajo”, como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento

¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

² Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC

HUAURA

EDWIN ALEXANDER ARIAS

BARAHONA

(artículo 23).

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de **ordenar el pago de una indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC

HUAURA

EDWIN ALEXANDER ARIAS

BARAHONA

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización ³.

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

³ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00781-2016-PA/TC

HUAURA

EDWIN ALEXANDER

ARIAS

BARAHONA

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

⁴ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL