



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de junio de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Martín Moreno Bautista contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 738, de fecha 19 de agosto de 2015, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Mediante demanda de fecha 14 de setiembre de 2012 y escrito de subsanación de fecha 29 de octubre de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra Pesquera Diamante SA, solicitando que se deje sin efecto el despido incausado del cual habría sido objeto y que, por consiguiente, se ordene su reposición en el cargo de operario I soldador que venía ocupando. Refiere que laboró desde el 1 de octubre de 2007 hasta el 31 de julio de 2012 sin solución de continuidad, mediante la suscripción de contratos de trabajo en la modalidad de intermitente, los que se desnaturalizaron, produciéndose en los hechos una relación laboral a plazo indeterminado, dado que nunca se efectuó la suspensión perfecta de su contrato de trabajo, aun cuando durante el tiempo que fue contratado existieron periodos de veda decretados por el gobierno. Además, se consignaba en los respectivos contratos, que en los periodos de veda el actor debía efectuar labores de limpieza y mantenimiento, lo cual es contrario a la finalidad de ese tipo de contratos conforme a lo previsto en el artículo 64 del Decreto Supremo 003-97-TR. Señala también que fue despedido porque decidió afiliarse al sindicato, hecho que fue puesto en conocimiento de la emplazada en julio de 2012, luego de lo cual esta decidió no renovarle su contrato pese a que desde el 2007 se le venía renovando su contrato sin ningún inconveniente. Manifiesta que, al ser víctima de un despido incausado, se han vulnerado sus derechos al trabajo, al debido proceso y a la libertad sindical.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

La sociedad emplazada formula la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda, argumentando que suscribió con el demandante diversos contratos sujetos a modalidad intermitente y que el vínculo laboral se extinguió por el vencimiento del plazo establecido en el último contrato celebrado entre ambas partes; por lo tanto, no se ha producido un despido arbitrario ni fraudulento, ni mucho menos está relacionado con su afiliación al sindicato. Sostiene que el hecho de que no haya existido un periodo de interrupción en la prestación de labores del actor, no implica necesariamente la desnaturalización del contrato de trabajo intermitente.

El Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 5 de setiembre de 2013, declaró infundada la excepción propuesta. Con fecha 11 de agosto de 2014, declaró infundada la demanda por estimar que el actor no demuestra: (a) que hayan existido ocasiones en las que necesariamente debieron suspenderse sus labores (por lo que se deduciría que ello no ocurrió); así como (b) que durante ese periodo se le haya asignado realizar otras labores. Finalmente, se establece que el término del vínculo contractual sustentado en el vencimiento del contrato de trabajo intermitente no puede calificarse como un despido incausado.

La Sala Superior competente confirma la apelada por fundamentos similares.

En su recurso de agravio constitucional el recurrente incide en que la parte demandada ha reconocido durante el proceso que no existió un periodo de interrupción de las funciones del actor, señalando que existieron hasta tres periodos de veda decretados por el gobierno durante los cuales él continuó laborando para la emplazada.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita su reposición en el cargo de operario I soldador por haber sido despedido incausadamente. Señala que sus contratos de trabajo sujetos a modalidad de servicio intermitente se desnaturalizaron porque laboró en una empresa dedicada al sector pesquero por casi cinco años de manera *ininterrumpida*. Señala que a pesar de existir periodos de veda en dicho sector, sus contratos no se suspendieron, en virtud de la naturaleza de dicho tipo de contratos, por el contrario se le asignaron y cumplió otras funciones. Afirma que así se configuró una relación laboral de naturaleza indeterminada, por lo que, al ser despedido sin expresión de una causa justa, se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

debido proceso. Señala que fue despedido por causa de su afiliación al sindicato.

Cuestión previa

2. Conforme a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de fecha 3 de setiembre de 2015, al día de interposición de la presente demanda (14 de setiembre de 2012) aún no había entrado en vigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, por lo que en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como 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.

3. En consecuencia, de acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado.

Análisis del caso concreto

Sobre la afectación del derecho al trabajo

Argumentos del demandante

4. El actor sostiene que se ha vulnerado su derecho al trabajo porque, al haberse desnaturalizado el contrato de trabajo modal que suscribió con la parte demandada, se configuró una relación laboral a plazo indeterminado, motivo por el cual no debió ser despedido sin expresión de una causa justa prevista en la ley. Sostiene, además, que su despido surge como represalia a su afiliación sindical.

Argumentos de la demandada

5. La emplazada argumenta que el hecho de que no se haya producido la suspensión de labores no supone la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a la modalidad de intermitente, porque estos solo requieren que exista la posibilidad de que los servicios que contrata puedan ser suspendidos por factores externos. Sostiene que el vínculo laboral que existió entre las partes se extinguió con el vencimiento del plazo establecido en el último contrato de trabajo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

Consideraciones del Tribunal Constitucional

6. 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”; asimismo, el artículo 27 prescribe: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
7. Por otro lado, el contrato de trabajo intermitente se encuentra regulado en el artículo 64 del Decreto Supremo 003-97-TR, que establece: “Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas”.

Asimismo, el artículo 65 de la referida norma legal señala: “En el contrato escrito que se suscriba deberá consignarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contrato”.

De ello se concluye que la ley permite contratar personal bajo la modalidad de trabajo intermitente para que preste sus servicios en una actividad permanente en el giro del empleador, pero que es discontinua, en la medida en que por ciertos factores externos la labor para la que es contratado el trabajador puede suspenderse, y reanudarse una vez superada la contingencia.

8. Ahora bien, con la hoja de liquidación de beneficios sociales obrante a fojas 595, se corrobora que el actor trabajó de manera ininterrumpida por 4 años, 9 meses y 30 días, durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2007 y el 31 de julio de 2012, en el cargo de operario I soldador; asimismo, a fojas 641 la propia demandada reconoció que no hubo interrupción de las labores del recurrente durante el tiempo en que fue contratado. Lo antes señalado genera la desnaturalización de la contratación en la modalidad intermitente, que ha sido usada de manera fraudulenta; más aún cuando se ha demostrado que el actor continuó efectuando las labores para las que fue contratado pese a que, conforme lo señala en autos la parte demandante (folio 778), existieron periodos de veda decretados por el Estado, hecho que no ha sido negado por la emplazada.
9. Otro elemento que lleva a la conclusión de que no hubo interrupción en las labores del actor es que la sociedad demandada contempló en la cláusula sexta de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

referidos contratos (folios 236 a 267) que, en los casos de suspensión de las actividades laborales, comunicaría este hecho al demandante mediante una boleta de suspensión de labores; sin embargo, a lo largo de todo el proceso no ha presentado ningún documento de ese tipo.

Siendo así, este Tribunal considera que debe estimarse la presente demanda por haberse demostrado que hubo simulación en la contratación temporal del recurrente, puesto que se ha pretendido aparentar la contratación de un servicio intermitente, cuando, en realidad, durante todo el periodo laboral no se presentó ninguna interrupción o suspensión en sus labores; es decir, el servicio prestado no fue discontinuo conforme a lo señalado en el artículo 64 del Decreto Supremo 003-97-TR.

10. En consecuencia, resulta manifiesto que la sociedad emplazada utilizó la referida modalidad contractual con el propósito de simular una relación laboral de naturaleza temporal que en realidad era permanente, incurriendo en la causal de desnaturalización del contrato prevista en el inciso "d" del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR. Por tanto, queda acreditado que las partes mantuvieron una relación laboral a plazo indeterminado y el demandante solo podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, hecho que no ha sucedido en la presente causa, por lo que la demanda debe estimarse al haberse vulnerado su derecho constitucional al trabajo.

Sobre la afectación del derecho al debido proceso

Argumentos del demandante

11. El actor sostiene que se ha vulnerado su derecho al debido proceso por cuanto se ha incumplido con proseguir con el procedimiento legal de despido.

Argumentos de la demandada

12. La parte demandada argumenta que el actor tenía un contrato de trabajo a plazo fijo y que dejó de prestar servicios cuando venció el contrato.

Consideraciones del Tribunal Constitucional



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

13. El artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. Al respecto, este Tribunal en más de una oportunidad ha establecido que el derecho al debido proceso es aplicable no solo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, y supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

A su vez, debemos resaltar que el artículo 22 del Decreto Supremo 003-97-TR dispone lo siguiente:

Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”. Y el artículo 31 de la referida norma legal establece: “El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia”.

14. Es por ello que, habiéndose acreditado en autos que el actor era un trabajador con una relación laboral de naturaleza indeterminada, solamente podía ser despedido conforme con lo señalado en el fundamento 13 *supra*, por lo que, al no haber sido así, la demandada ha vulnerado su derecho al debido proceso, en consecuencia, corresponde amparar la presente demanda.
15. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido arbitrario, vulneratorio de los derechos al trabajo y al debido proceso, reconocidos en los artículos 22 y 139 de la Constitución; por lo que la demanda en este extremo debe estimarse.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

Respecto a la vulneración del derecho a la libertad sindical

16. La parte demandante manifiesta que se vulneró su derecho a la libertad sindical porque su despido habría sido motivado por su afiliación sindical, sin embargo, no existen elementos probatorios suficientes que demuestren que el cese del trabajador responde a ello, porque en julio de 2012 se notificó a la emplazada de la decisión del recurrente de afiliarse al sindicato (folio 568), dado que el último contrato que suscribieron las partes tenía vigencia de 1 de junio al 31 de julio de 2012 (folio 565).
17. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la demandada debe asumir las costas y costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Efectos de la presente sentencia

18. En la medida en que se ha acreditado que la parte demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso del actor, corresponde ordenar su reincorporación 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.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, declarar **NULO** el despido del que ha sido objeto don César Martín Moreno Bautista.
2. **ORDENAR** que Pesquera Diamante SA cumpla con reincorporar al señor César Martín Moreno Bautista como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel o categoría, en el plazo máximo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de costas y costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Lo que certifico:


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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00895-2016-PA/TC
LIMA
CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI
POR CONSIDERAR QUE EL AMPARO ES LA VÍA IDÓNEA, TENIENDO EN
CUENTA EL TIEMPO QUE VIENE LITIGANDO EL DEMANDANTE**

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto de su fundamento 2, en el que, a los efectos de determinar si existe en el caso una vía igualmente satisfactoria, en aplicación de los criterios establecidos en el precedente contenido en la STC 02383-2013-PA/TC, conocido como precedente Elgo Ríos, se señala expresamente lo siguiente:

“Conforme a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de fecha 3 de setiembre de 2015, al día de interposición de la presente demanda (14 de setiembre de 2012) aún no había entrado en vigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, por lo que en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como 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”.

Es decir, antes de resolver el fondo de la controversia, en tal fundamento se realiza un análisis previo relativo a verificar si a la fecha de interposición de la demanda de amparo en el caso sub *litis*, se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en el Distrito Judicial de Lima; y, como quiera que a esa fecha aún no se encontraba vigente tal ley en el referido distrito judicial, se concluye que el accionante no contaba con una vía igualmente satisfactoria, siendo procedente el amparo. De lo contrario, esto es, de haber estado en rigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de la presentación de la demanda, se infiere que esta hubiera sido declarada improcedente por existir una vía igualmente satisfactoria: la del proceso laboral abreviado.

A este respecto, discrepo rotundamente con que se haya efectuado el referido análisis previo. A mi juicio, carece de objeto que este se haya realizado por las consideraciones que detallo a continuación:

1. El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00895-2016-PA/TC
LIMA
CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.
3. En el presente caso, el recurrente interpuso su demanda el 14 de setiembre de 2012. Esto es, hace más de 5 años, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 25 de enero de 2016 (hace más de dos años), por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito realizar las siguientes observaciones:

1. Considero importante resaltar que el Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo. Es en ese contexto que se han dictado una serie de precedentes y criterios que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada situación.
2. La verificación de cada uno de estos elementos, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. En esa línea, no parecería conveniente, como podría entenderse de la lectura del texto presentado por el ponente, prescindir del análisis respecto a la interacción entre los diversos precedentes y criterios que guardan relación con la presente controversia.
3. Al respecto, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, desde la perspectiva objetiva debe atenderse a la estructura del proceso, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea). También a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).
4. Por otra parte, y desde la *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CÉSAR MARTÍN MORENO BAUTISTA

5. Es en este sentido que considero que debió realizarse el respectivo análisis de procedencia de la demanda, tomando en cuenta todos los criterios establecidos, con carácter de precedente, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

César Martín Moreno Bautista

Lo que certifico:


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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00895-2016-PA/TC

LIMA

CESAR MARTIN MORENO BAUTISTA

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 00895-2016-PA/TC

LIMA

CESAR MARTIN MORENO BAUTISTA

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 00895-2016-PA/TC

LIMA

CESAR MARTIN MORENO BAUTISTA

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 (artículo 23).

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 00895-2016-PA/TC

LIMA

CESAR MARTIN MORENO BAUTISTA

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 00895-2016-PA/TC

LIMA

CESAR MARTIN MORENO BAUTISTA

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 indemnización³.

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. [...].

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de

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 00895-2016-PA/TC

LIMA

CESAR MARTIN MORENO BAUTISTA

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:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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