



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIÁN FABRICIO DELGADO
CAVERO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de abril de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Fabián Fabricio Delgado Caveró contra la resolución de fojas 2156, de fecha 16 de marzo de 2016, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de octubre de 2009, el recurrente interpone demanda de amparo contra Repsol YPF Comercial del Perú SA solicitando que se deje sin efecto el despido incausado del que fue objeto y que, en consecuencia, lo repongan en el cargo de operador de distribución de GLP a granel. Refiere que, si bien celebró sucesivos contratos con empresas tercerizadoras de servicios, en los hechos realizó labores de naturaleza permanente y bajo entera subordinación del personal de la empresa demandada, con la cual mantuvo una relación laboral directa por más de 15 años; no obstante ello, con fecha 24 de setiembre de 2009, se le impidió el ingreso a su centro de trabajo, manifestándosele que no trabajaba para ella. Agrega que, conforme a lo señalado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, se produjo la desnaturalización de la tercerización y se ordenó la inclusión de todos los trabajadores a la planilla de la sociedad emplazada, pero ello no se ha cumplido, vulnerándose su derecho al trabajo y otros por ser despedido de modo incausado.

La apoderada de la empresa demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA, con fecha 28 de octubre de 2009, deduce las excepciones de litispendencia y de falta de legitimidad para obrar del demandado, formula denuncia civil a efectos de que la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo, la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Acuario Ltda., Temporales SA, la Cooperativa Vulcano



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIÁN FABRICIO DELGADO
CAVERO

Ltda., la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Calidad y Excelencia, Addeco Perú SA, Servosa Cargo SAC y Servosa Gas SAC sean incorporadas al proceso de amparo. Asimismo, contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por cuanto el demandante mantenía vínculo laboral con diferentes empresas, siendo su último empleador la empresa Servosa Gas SAC, que le brinda servicios tercerizados a través de la celebración del contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel; por lo que el personal dispuesto por Servosa Gas SAC para la ejecución de dicho servicio, entre los que se encuentra incluido el demandante, no tiene vínculo con su representada. Refiere que ello se encuentra acreditado con las boletas de pagos suscritas por el demandante en señal de recepción y conformidad, así como con las constancias de las transferencias y abonos bancarios de remuneraciones efectuadas por su empleadora, la empresa Servosa Gas SAC. Sostiene que el Acta de Infracción 468-2008-MTPE 12/12.720, de fecha 19 de mayo de 2008, instrumental con la cual el demandante pretende acreditar la supuesta desnaturalización del contrato de tercerización que mantiene con Servosa Gas SAC, está sujeta a un procedimiento administrativo que se encuentra en trámite y que, hasta la fecha, no cuenta con resolución administrativa firme. Agrega que en el presente caso no se está frente a un despido incausado, fraudulento o nulo, sino frente a un despido por la comisión de falta grave efectuado por la empresa Servosa Gas SAC en contra del actor.

Con fecha 20 de julio de 2010, se integró al proceso como denunciados civiles a la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo, la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Acuario Ltda., Temporales SA, la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Calidad y Excelencia, Addeco Perú SA, Servosa Cargo SAC y Servosa Gas SAC.

El apoderado de la empresa Servosa Cargo SAC, con fecha 12 de abril de 2011, deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado y de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Asimismo, contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, pues existen vías específicas igualmente satisfactorias. Por otra parte, solicita que la demanda sea declarada infundada en atención a que la relación de tercerización cumple con todos los requisitos que exige la ley laboral y el acta de infracción viene siendo cuestionada en el procedimiento pertinente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIÁN FABRICIO DELGADO
CAVERO

El apoderado de la empresa Servosa Gas SAC, con fecha 12 de abril de 2011, deduce las excepciones de litispendencia y de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Asimismo, contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, pues la controversia debe ser resuelta en la vía ordinaria, o declarada infundada, pues no se ha acreditado la desnaturalización de la relación de tercerización.

La gerente general de la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo Ltda., con fecha 13 de abril de 2011, deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado y de prescripción. Asimismo, contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, pues corresponde que la determinación de la desnaturalización de una relación de tercerización sea resuelta en la vía ordinaria. Agrega que el recurrente fue socio-trabajador de dicha cooperativa del 1 de julio de 2001 al 24 de mayo de 2002, luego de lo cual cesó todo vínculo con este.

El Segundo Juzgado Civil del Callao, con fecha 11 de setiembre de 2012, declaró infundadas las excepciones propuestas y saneado el proceso; y, con fecha 21 de marzo de 2013, declaró fundada la demanda, por estimar que se ha probado la desnaturalización del contrato de tercerización de prestación de servicios celebrado por la demandada, por lo que entre el recurrente y la demandada existe una relación laboral sujeta a plazo indeterminado, conforme a lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 728, lo que supone que el empleador solo podía poner fin a dicha relación invocando una causa justa prevista por la ley, lo cual no ha ocurrido. Consecuentemente, considera que se ha configurado un despido incausado que afecta el contenido esencial del derecho al trabajo.

La Sala Superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por estimar que se requiere de un proceso que cuente con etapa probatoria para dilucidar la controversia.

FUNDAMENTOS

Consideraciones previas

1. De acuerdo con la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado conforme lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIÁN FABRICIO DELGADO
CAVERO

señala en su demanda.

2. Consideramos imprescindible, para dar solución a la presente controversia, realizar una valoración conjunta de las pruebas ofrecidas por el demandante como por la empresa demandada.

Respecto a los alcances de la sentencia emitida en el Expediente 02698-2012-PA/TC

3. En el Expediente 02698-2012-PA/TC, este Tribunal resolvió un proceso de amparo iniciado por Repsol YPF Comercial del Perú SA contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, declarando fundada la demanda. En consecuencia, se declaró la nulidad del Acta de Infracción de fecha 19 de mayo de 2008; la Resolución Divisional 217-2009-MTPE/2/12.720, de fecha 11 de noviembre de 2009; y la Resolución Directoral 085-2009-MTPE/2/12.7, de fecha 11 de diciembre de 2009, luego de verificar la lesión constitucional a los derechos de naturaleza procesal de la empresa demandante.
4. A partir de lo resuelto en dicha sentencia, estimamos que debe excluirse, para la solución del presente proceso, toda valoración o razonamiento que pueda sostenerse en torno a los citados actos administrativos.
5. Asimismo, se deberá tener en cuenta para resolver el presente caso que la sentencia emitida en el Expediente 2698-2012-PA/TC contiene el fundamento de voto del Magistrado Eto Cruz, en el que se precisa que no comparte lo expresado en el fundamento 26 de la sentencia referida, en la cual se señala lo siguiente:

Todo ello, permite concluir que la decisión de la autoridad administrativa en el sentido de considerar a los trabajadores de SERVOSA como trabajadores de RYCOPESA no solo se encuentra viciada, y por tanto resulta nula, sino que, además, de los medios probatorios aportados en el presente proceso de amparo se acredita que RYCOPESA y SERVOSA son empresas independientes, que tienen una actividad empresarial distinta y, por tanto, los trabajadores de SERVOSA mantuvieron un vínculo laboral con dicha empresa, no habiéndose desnaturalizado la tercerización laboral materia de investigación por la autoridad administrativa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIÁN FABRICIO DELGADO
CAVERO

Sobre la afectación del derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario

Argumentos del demandante

6. El demandante sostiene que se ha vulnerado su derecho al trabajo y a gozar de una protección adecuada contra el despido arbitrario, toda vez que, si bien celebró sucesivos contratos con empresas tercerizadoras de servicios, en los hechos realizó labores de naturaleza permanente y bajo entera subordinación del personal de la empresa demandada, con la cual mantuvo una relación laboral directa por más de 4 años; hecho que ha sido reconocido por la propia Autoridad Administrativa de Trabajo. Por tanto, fue despedido de forma arbitraria sin habersele expresado la causa relacionada con su conducta o capacidad, no obstante que en los hechos se había configurado la desnaturalización de la tercerización.

Argumentos de la demandada

1. La parte demandada y las denunciadas civiles argumentan que el demandante mantenía vínculo laboral con diferentes empresas tercerizadoras, siendo su último empleador la empresa Servosa Gas SAC, la cual le brinda servicios tercerizados a través de la celebración de un contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel, por lo que el personal dispuesto por Servosa Gas SAC para la ejecución del servicio, entre los que se encuentra incluido el demandante, no tiene vínculo con Repsol YPF Comercial del Perú SA.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

8. 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”; mientras que su artículo 27 dispone: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
9. Con el contrato y adenda de Transporte y Distribución de Gas Licuado de Petróleo a Granel y con el contrato de cesión de posición contractual referidos en el fundamento precedente, se acredita que la empresa demandada y Servosa Gas SAC celebraron un contrato con el objeto de que esta última destaque a sus trabajadores



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIÁN FABRICIO DELGADO
CAVERO

a la sociedad emplazada, y es en razón a los referidos contratos que el demandante fue destacado como operador de distribución de GLP para prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la sociedad demandada.

10. De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Decreto Supremo 003-2002-TR, sobre la tercerización de servicios se establece lo siguiente:

No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

11. Por tanto, debe entenderse a la tercerización como una forma de organización empresarial por la que una empresa denominada principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas denominadas tercerizadoras, para que estas lleven a cabo un servicio u obras vinculadas o integradas a aquella.

12. Por ende, la tercerización consiste en la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades; y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Sin embargo, se verifica que el demandante ha presentado carnés de capacitación con el logotipo de la demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA por los años 2004, 2005, 2007 y 2008 (folio 4). Además de ello, tampoco se ha observado la cláusula 5.13 del contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel, celebrado el 16 de julio de 2007 entre Repsol YPF Comercial del Perú SA y Servosa Cargo SAC (folios 152 a 173), en el que se precisó que "EL TRANSPORTISTA deberá asegurarse que su personal reciba las capacitaciones de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIÁN FABRICIO DELGADO
CAVERO

seguridad correspondientes requeridas para esta operación, y que se le otorgue el correspondiente carné de capacitación”. Esto es, Servosa Gas SAC, como empresa tercerizadora, debía brindar la capacitación a sus trabajadores destacados a la empresa Repsol YPF Comercial del Perú SA lo que no ha ocurrido en autos. Es decir que Repsol YPF Comercial del Perú SA se ha comportado como empleador del demandante, transgrediendo la norma citada.

13. Asimismo, en el caso en concreto, estando a las facturas, vales de contómetro y guías de remisión (folios 48, 49 y 51 a 54), se consigna al demandante como operador en documentos de la demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA. Adicionalmente, en la programación directa de atención a clientes (folio 50), documento de la empresa demandada, aparece el recurrente como ayudante en el vehículo XO-7933, que pertenecía a la empresa demandada, conforme se advierte del anexo I del contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel celebrado el 16 de julio de 2007 entre Repsol YPF Comercial del Perú SA y Servosa Gas SAC (folios 174 y 175).

14. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia emitida en el Expediente 02111-2010-PA/TC lo siguiente:

En tal sentido, a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 4-B del Decreto Supremo 003-2002-TR, dispone que la desnaturalización de un contrato de tercerización origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal, es porque valora implícitamente que en tales supuestos el objetivo o "justificación subyacente" a la tercerización (consistente en la generación de una mayor competitividad en el mercado a través de la descentralización productiva) no ha sido el (único) móvil de la tercerización efectuada, al haber tenido como propósito subalterno el disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores. En dicho contexto, cuando una empresa (principal) subcontrata a otra (tercerizadora), pero sigue manteniendo aquélla el poder de dirección sobre los trabajadores, y la función o actividad tercerizada se sigue realizando en los ambientes de la empresa principal y con los bienes y recursos de ésta, y a su cuenta y riesgo, resulta evidente que dicha subcontratación resulta incompatible con nuestra Constitución.

15. Por tanto, dado que se ha acreditado en autos que el demandante se encontraba bajo la subordinación de la empresa principal, al no ceñirse la tercerización laboral a lo prescrito en el artículo 4-B del Decreto Supremo 003-2002-TR; se debe concluir



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIÁN FABRICIO DELGADO
CAVERO

que la relación del recurrente con la empresa usuaria era una relación laboral directa a plazo indeterminado, y cualquier decisión de su verdadero empleador —es decir, de la empresa usuaria— de darla por concluida solo podía sustentarse en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada; de lo contrario se configuraría un despido arbitrario, como ha sucedido en el caso de autos.

16. Si bien en el proceso de amparo seguido entre Repsol YPF Comercial del Perú SA y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Expediente 02698-2012-PA/TC) se declaró la nulidad del Acta de Infracción de fecha 19 de mayo de 2008; de la Resolución Divisional 217-2009-MTPE/2/12.720, de fecha 11 de noviembre de 2009; y de la Resolución Directoral 085-2009-MTPE/2/12.7, de fecha 11 de diciembre de 2009, debe considerarse que los efectos de dicha decisión no pueden ser extensivos de manera directa al presente caso, por cuanto el demandante no fue citado en el referido proceso para poder, con posterioridad, extenderle los efectos de dicha decisión; en todo caso, al pretender extender al actor los efectos de un proceso en el cual no ha participado, se estaría incurriendo en la vulneración del debido proceso.
17. Por lo expuesto, consideramos que en el presente caso se ha configurado un despido arbitrario, vulneratorio del derecho al trabajo del actor, reconocido en el artículo 22 de la Constitución; por lo que la demanda debería estimarse.
18. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la sociedad emplazada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, correspondería 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.
19. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debería asumir los costos y costas procesales, a ser liquidados en la etapa de ejecución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIÁN FABRICIO DELGADO
CAVERO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo; en consecuencia, **NULO** el despido del que ha sido objeto el demandante.
2. Ordenar que Repsol YPF Comercial del Perú SA reponga a don Fabián Fabricio Delgado Cavero como trabajador a plazo indeterminado 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 los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos y costas del proceso en la etapa de ejecución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

Lo que certifico:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC

CALLAO

FABIÁN FABRICIO DELGADO CAVERO

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).
5. Es en este sentido que considero que debió realizarse el respectivo análisis de procedencia de la demanda, tomando en cuenta 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC

CALLAO

FABIÁN FABRICIO DELGADO CAVERO

6. Deben entonces respetarse las pautas establecidas por este Tribunal al respecto, sin perjuicio de eventuales diferencias con las mismas. Y es que, tomando en cuenta los parámetros que deben caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no puede, por ejemplo, apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo o no aplicarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC

CALLAO

FABIAN FABRICIO DELGADO CAVERO

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC

CALLAO

FABIAN FABRICIO DELGADO CAVERO

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.

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.

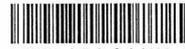
SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC

CALLAO

FABIAN FABRICIO DELGADO CAVERO

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.

MP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04472-2016-PA/TC

CALLAO

FABIAN FABRICIO DELGADO CAVERO

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 04472-2016-PA/TC
CALLAO
FABIAN FABRICIO DELGADO CAVERO

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. [...].

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 04472-2016-PA/TC

CALLAO

FABIAN FABRICIO DELGADO CAVERO

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

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

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL