



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC  
CALLAO  
CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa aprobado en sesión de Pleno de fecha 5 de setiembre de 2017. 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 Carlos Alberto Loli Fiestas contra la resolución de fojas 1040, de fecha 11 de marzo de 2014, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 15 de abril de 2010, 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, se lo reponga en el cargo de promotor de ventas de GLP-M-15 (gas para montacargas). Refiere que, si bien celebró sucesivos contratos con la empresa tercerizadora de servicios Adecco Consulting SA, 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 6 años. No obstante ello, con fecha 1 de abril de 2010 se le impidió el ingreso a su centro de trabajo sin razón alguna. Agrega que, conforme a lo señalado por la Autoridad 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 no se ha hecho tal cosa; por el contrario, se ha vulnerado su derecho al trabajo y se le ha despedido de modo incausado.

La apoderada de la empresa Repsol YPF Comercial del Perú SA, con fecha 15 de noviembre de 2010, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, formula denuncia civil a efectos de que Adecco Consulting SA sea incorporada al proceso de amparo; y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, por cuanto el proceso de amparo no es declarativo de derechos y no cuenta con estación probatoria. Sin perjuicio de lo anterior, solicita que el proceso de amparo sea declarado infundado, por cuanto el demandante mantenía vínculo laboral con la empresa Adecco Consulting SA, la misma que le brinda servicios tercerizados a través de la celebración del contrato de prestación de servicios de operación y mantenimiento de servicios integrales. Por lo tanto, el personal dispuesto por Adecco



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

Consulting SA para la ejecución de dicho servicio, entre los que se encuentra incluido el demandante, no tiene vínculo con su representada, lo cual se encuentra acreditado con las boletas de pago, así como con las constancias de las transferencias y abonos bancarios de remuneraciones efectuadas por su empleadora, la empresa Adecco Consulting SA.

Asimismo, sostiene que el Acta de Infracción 1343-2008-MTPE/2/12.720, de fecha 24 de octubre de 2008, instrumental con la cual el demandante pretende acreditar la supuesta desnaturalización del contrato de tercerización que mantiene con Adecco Consulting SA, no incluye al demandante dentro de la relación de trabajadores a quienes supuestamente se les ha desnaturalizado su relación laboral; además, la referida acta 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 Adecco Consulting SA en contra del actor.

El Quinto Juzgado Civil del Callao, con fecha 20 de diciembre de 2010, declaró infundadas la solicitud de denuncia civil y la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado; y con fecha 9 de marzo de 2011 declaró infundada la demanda por estimar que el Acta de Infracción 1343-2008-MTPE/12.720, extendida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, no incluye al demandante como uno de los trabajadores que deben incluirse en la planillas de Repsol YPF Comercial del Perú SA. También, considera que no se ha acreditado con prueba alguna haber mantenido una relación laboral con la demandada, ni que haya existido un acto unilateral del empleador de poner fin a la relación laboral como para considerarlo un despido incausado.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, con fecha 10 de octubre de 2011, declaró fundada la denuncia civil formulada por Repsol YPF Comercial del Perú SA, ordenó que se integre a la relación procesal a la empresa Adecco Consulting SA y declaró, además, nulo todo lo actuado, para que se prosiga con el trámite como corresponde.

Adecco Consulting SA, con fecha 29 de diciembre de 2011, contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente, por cuanto el actor no ha demostrado que se ha vulnerado el contenido esencial de su derecho al trabajo. Solicita, además, que se declare infundada la demanda debido a que fue despedido por falta grave al haber abandonado su puesto de trabajo.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil del Callao, con fecha 7 de enero de 2013, declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado Repsol YPF Comercial del Perú SA y con fecha 2 de julio de 2013 declaró infundada la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

demanda por considerar que, en la relación de trabajadores que señala el Acta de Infracción 1343-2008-MTPE/12.720, emitida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en la que deben ser incluidos como trabajadores de Repsol YPF Comercial del Perú SA, no aparece el demandante; por lo tanto, los efectos de lo concluido en el citado documento no pueden extenderse al actor. Resulta infundada, por tanto, debido a la insuficiencia probatoria para acreditar la existencia de una relación laboral con la empresa demandada, devenida de la desnaturalización de una tercerización de servicios.

La Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, con fecha 11 de marzo de 2014, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por estimar que los medios probatorios presentados por el demandante son insuficientes para acreditar una relación laboral con la demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA y una tercerización fraudulenta; por tanto, al subsistir controversias y aspectos probatorios complejos, el demandante deberá recurrir a un proceso más lato que contemple etapa probatoria para su esclarecimiento adecuado.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita su reposición en el cargo de promotor de ventas de GLP-M-15 gas para montacargas. Sostiene que ha sido despedido de manera incausada, puesto que, si bien celebró sucesivos contratos con la empresa tercerizadora de servicios Adecco Consulting SA, en los hechos realizó labores de naturaleza permanente y bajo entera subordinación del personal de la empresa demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA, con la cual mantuvo una relación laboral directa por más de 6 años; y, pese a ello, con fecha 1 de abril de 2010 se le impidió el ingreso sin razón alguna. Refiere que fue despedido sin habersele expresado la causa relacionada con su conducta o capacidad, aun cuando en los hechos se había configurado una relación de trabajo a plazo indeterminado con Repsol YPF Comercial del Perú SA.

Agrega que la Autoridad de Trabajo determinó que se produjo la desnaturalización de la tercerización y ordenó la inclusión de todos los trabajadores en la planilla de la sociedad emplazada, lo que nunca fue efectuado. Por ello, solicita a través del presente proceso que se ordene su reincorporación por haberse vulnerado su derecho al trabajo.

### Consideraciones previas

2. De acuerdo a la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

demandante ha sido objeto de un despido incausado conforme lo señala en su demanda.

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

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

#### ***Argumentos del demandante***

3. El actor 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 la empresa tercerizadora de servicios Adecco Consulting SA, en los hechos se habría configurado una desnaturalización de la tercerización, ya que realizó labores de naturaleza permanente y bajo entera subordinación del personal de la empresa demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA, con la cual mantuvo una relación laboral directa por más de 6 años, lo cual ha sido reconocido por la propia Autoridad de Trabajo, pese a lo cual fue despedido de forma arbitraria sin habersele expresado la causa relacionada con su conducta o capacidad.

#### ***Argumentos de la demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA***

4. La parte demandada argumenta que el demandante mantenía vínculo laboral con la empresa tercerizadora Adecco Consulting SA, la misma que le brinda servicios tercerizados a través de la celebración de un contrato de prestación de servicios de operación y mantenimiento de servicios integrales. Por lo tanto, el personal dispuesto por Adecco Consulting SA para la ejecución del servicio, entre los que se encuentra incluido el demandante, no tiene vínculo con Repsol YPF Comercial del Perú SA.

#### ***Argumentos de Adecco Consulting SA***

5. Adecco Consulting SA alega que el actor no ha demostrado que se haya vulnerado el contenido esencial de su derecho al trabajo. Además, el demandante fue despedido por falta grave al haber abandonado su puesto de trabajo.

#### ***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 una persona”; mientras que el artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

protección contra el despido arbitrario”.

7. Previamente, debe determinarse el periodo laborado por el demandante. El actor sostiene en su escrito de demanda que laboró para la emplazada desde el 3 de noviembre de 2004 hasta el 31 de marzo de 2010 de forma ininterrumpida; no obstante, en autos no se ha acreditado que sus labores hayan sido ininterrumpidas. El último periodo acreditado, sin solución de continuidad, es el comprendido desde el 1 de diciembre de 2008 hasta el 31 de marzo de 2010, tal como se corrobora de las boletas de pago, la carta dirigida por Repsol YPF Comercial del Perú SA a Adecco Consulting SA, la carta notarial dirigida por Adecco Consulting SA al demandante, la carta de preaviso de despido y despido; instrumentales que obran a folios 741 a 755, 736, 737, 738 a 739 y 740 respectivamente; por lo tanto, dicho periodo se tendrá en cuenta para dilucidar la presente controversia.

#### Análisis de la controversia

8. Con el contrato de prestación de servicios de operación y mantenimiento de servicios integrales celebrado con fecha 31 de mayo de 2004, obrante de folios 303 a 308, y su respectiva adenda, de fecha 11 de agosto de 2008, corriente a folios 309 a 311, se acredita que la emplazada y Adecco Consulting SA celebraron un contrato con el objeto de que esta última destaque a sus trabajadores a la sociedad emplazada, y es en razón a los referidos contratos que el demandante fue destacado como promotor de ventas de GLP-M-15 para prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la sociedad demandada.

9. El artículo 4 del Decreto Supremo 003-2002-TR, sobre la tercerización de servicios, 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.

10. Por lo tanto, debe entenderse la tercerización como una forma de organización empresarial en la cual una empresa denominada principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

denominadas tercerizadoras, para que estas lleven a cabo un servicio u obras vinculadas o integradas a aquella.

11. 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, a fojas 19, obra el carné de capacitación expedido por Repsol YPF Comercial del Perú SA a favor del demandante, vigente del 11 de diciembre de 2008 al 11 de diciembre de 2009.

Además de ello, tampoco se ha observado la cláusula segunda de la adenda al contrato de prestación de servicios de operación y mantenimiento de servicios integrales (folio 309), celebrado el 11 de agosto de 2008 entre Repsol YPF Comercial del Perú SA y Adecco Consulting SA, en el que se precisó que “[...] la ejecución del servicio objeto de este comprende el desplazamiento continuo por parte de ADECCO de un conjunto de profesionales, personal técnico, auxiliares y demás personas capacitadas adecuadamente a los centros de trabajo o de operaciones de REPSOL” [énfasis agregado]. Esto es, Adecco Consulting SA, 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.

12. Lo descrito demuestra que el trabajador supuestamente destacado por Adecco estaba subordinado a Repsol.

13. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia 02111-2010-PA/TC lo siguiente:

En tal sentido, a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

incompatible con nuestra Constitución.

14. Por tanto, habiéndose acreditado en autos que el demandante se encontraba bajo la subordinación de la empresa principal —esto es, no habiéndose ceñido la tercerización laboral a lo prescrito en el artículo 4-B del Decreto Supremo 003-2002-TR—, se debe concluir 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 (folio 17).
15. Asimismo, respecto a los argumentos expuestos por Adecco Consulting SA en el sentido que el recurrente habría sido despedido por falta grave al haber abandonado su puesto de trabajo, cabe precisar que habiéndose verificado de autos la desnaturalización del vínculo contractual existente entre dicha empresa y el demandante, toda vez que éste se encontraba bajo la subordinación de la empresa principal (Repsol YPF Comercial del Perú SA), corresponde desestimar los referidos argumentos.
16. Por lo expuesto, este Tribunal declara 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 debe estimarse.

#### Efectos de la sentencia

17. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad emplazada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
18. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos y costas procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

**HA RESUELTO**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo y en consecuencia, **NULO** el despido del que ha sido objeto el demandante.
2. **ORDENAR** que Repsol YPF Comercial del Perú SA reponga a don Carlos Alberto Loli Fiestas 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 de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

## 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 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

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 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

La parte demandante solicita su reposición en el puesto de trabajo, por considerar que fue despedida arbitrariamente. Sin embargo, como he señalado repetidamente en mis votos emitidos como magistrado de este Tribunal Constitucional, considero que nuestra Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta.

El artículo 23 de la Constitución dice:

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, *en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo* y de educación para el trabajo [*itálicas añadidas*].

Esta norma se complementa con el artículo 58, que señala:

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de *promoción de empleo*, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura [*itálicas añadidas*].

La estabilidad laboral absoluta es incompatible con este mandato constitucional, ya que, al forzar la reposición en casos de despido arbitrario, desalienta la creación de puestos de trabajo. Como reconoce el régimen constitucional económico, esta deriva, necesariamente, de la libre iniciativa privada.

Además, el artículo 27 de la Constitución dice:

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que corresponde indemnizar —no reponer— al trabajador despedido arbitrariamente. No hay nada inconstitucional en ello, ya que el legislador está facultado por la Constitución para definir tal *adecuada protección*.

Por demás, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—, suscrito por el Perú, establece que cada legislación nacional puede determinar qué hacer frente al despido injustificado.

Así, la reposición no tiene base en la Constitución ni en las obligaciones internacionales del Perú. Deriva solo de un error —de alguna manera tenemos que llamarlo— de este



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

Tribunal, cometido al resolver el caso Sindicato Telefónica el año 2002 y reiterado lamentablemente desde entonces. La persistencia en el error no lo convierte en acierto.

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 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

### 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 legislativo<sup>1</sup>.

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 justa<sup>2</sup>.

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).

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

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 04662-2014-PA/TC  
CALLAO  
CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

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<sup>3</sup>.

### **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. [...].**

<sup>3</sup> 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 04662-2014-PA/TC

CALLAO

CARLOS ALBERTO LOLI FIESTAS

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 urgente<sup>4</sup>.

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

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