SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de julio de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Sardón de Taboada 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 Sardón de Taboada y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Charwuely Marines Zapana Silva contra la resolución de fojas 182, de fecha 5 de diciembre de 2014, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que ordena la reconducción del proceso a la vía ordinaria.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de marzo de 2014, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Proyecto Especial de Madre de Dios, con el objeto de que se ordene reponerla en el cargo de auxiliar administrativa de la oficina de abastecimiento del Proyecto Especial Madre de Dios, y que se ordene el pago de costos procesales. Refiere que ingresó a laborar en virtud de contratos de trabajo a plazo fijo para obra determinada, locaciones de servicios y órdenes de servicio, desde enero de 2012 hasta enero 2014, fecha en la que fue despedida sin expresión de causa; a pesar de que, en los hechos, había mantenido una relación laboral de naturaleza permanente y superado el periodo de prueba; por ello, al haber sido despedida, se vulneró su derecho constitucional al trabajo.

El procurador público del Gobierno Regional de Madre de Dios contesta la demanda con el argumento de que el vínculo que mantenía con la demandante fue discontinuo y para labores específicas, como aparece en los contratos a plazo fijo firmados por ella. Asimismo, ha prestado labores temporales, determinadas, a plazo fijo y discontinuo, realizando diversas funciones administrativas. Agrega que no ha sido despedida, sino que el vínculo laboral se extinguió por vencimiento de contrato, toda vez que el Proyecto Especial de Madre de Dios es temporal y su existencia está limitada por las obras que realiza; por esa razón sus trabajadores solo pueden ser contratados a plazo fijo, hecho que era conocido por la actora al suscribir sus contratos.

El Primer Juzgado Mixto de Tambopata, Madre de Dios, con fecha 17 de setiembre de 2014, declaró infundada la demanda por estimar que el Proyecto Especial de Madre de Dios tiene un régimen especial, por tanto, debe adecuarse su finalidad a la naturaleza para la cual fue creado. Además, el personal, cualquiera sea la naturaleza de sus actividades, solo podrá ser contratado a plazo fijo en la modalidad del contrato de locación de obra, de acuerdo con la sétima disposición complementaria del Decreto Legislativo 599, el cual no podrá exceder a la fecha de culminación y entrega de la obra, lo que determina que resulta imposible la contratación de un trabajador a plazo indeterminado en un proyecto especial.

La Sala superior declara nula la apelada y ordena la reconducción del proceso a la vía ordinaria, tras estimar que la sentencia de amparo ha sido emitida después de emitido el precedente contenido en el Pleno Jurisdiccional, por lo que es aplicable el mandato de reconducción del proceso a la vía ordinaria; por otro lado, señala que no se ha acreditado el carácter excepcional de urgencia como amenaza de irreparabilidad por parte de la demandante.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Piura y, en vista de que la Nueva Ley Procesal de Trabajo (la Ley 29497) no fue implementada en el referido distrito judicial a la fecha de interposición de la demanda (19 de enero de 2012), no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, de conformidad con la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), por lo que la vía del proceso constitucional de amparo es la vía idónea para resolver la presente controversia.

2. La demandante solicita que se ordene su reposición en el cargo de auxiliar administrativa de la oficina de abastecimiento del Proyecto Especial Madre de Dios que venía ocupando. Afirma que en los hechos se configuró una relación laboral de naturaleza indeterminada, dado que sus contratos de trabajo a plazo fijo se desnaturalizaron por haber realizado una labor de carácter permanente; por lo que solo podía ser despedida por una causa justa relacionada con su capacidad o conducta. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo.

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

3. En la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de junio de 2015, este Tribunal estableció en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, que, en los casos en

que se verifique la desnaturalización del contrato de trabajo temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó a la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.

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

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

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

4. La demandante afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo. Expresa que, en los hechos, se configuró una relación laboral de naturaleza indeterminada entre las partes, pese a lo cual fue despedida. Señala que durante su relación laboral celebró contratos de trabajo a plazo fijo para obra determinada, locaciones de servicios y órdenes de servicio, los cuales se desnaturalizaron.

Argumentos de la parte demandada

5. La parte demandada argumenta que el vínculo que mantenía con la demandante fue discontinuo y para labores específicas. Asimismo, ha prestado labores temporales, determinadas, a plazo fijo y, últimamente, realizó diversas funciones administrativas. Agrega que no ha sido despedida, sino que el vínculo laboral se extinguió por vencimiento de contrato, toda vez que el proyecto especial es de carácter temporal y su existencia es limitada, por esa razón sus trabajadores solo

pueden ser contratados a plazo fijo, hecho que era conocido por ella al suscribir sus contratos.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

6. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona"; y el artículo 27 señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

7. El artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR señala: "Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral".

8. Conforme al artículo 77 del Decreto precitado: "Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: [...] d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley".

9. El artículo 63 prescribe que "[l]os contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria".

10. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que no puede ser reincorporado mediante un contrato a plazo indeterminado quien no ingresa por concurso público.

11. En el presente caso, de autos se aprecia que la actora ha logrado acreditar en autos que prestó servicios para la demandada mediante órdenes de servicios de enero de 2012 a marzo de 2013 (folios 4, 7, 10, 13, 16, 19, 21, 24, 29, 31, 34 y 37), y con contrato individual de trabajo a plazo fijo para obra determinada de servicio específico del 1 de mayo al 31 de diciembre de 2013 (folios 42 a 50). Por tanto, para dilucidar la presente controversia se evaluará el referido último periodo laborado de manera ininterrumpida por la recurrente, en el cual se produjo el supuesto despido, esto es, del 1 de mayo al 31 de diciembre de 2013.

12. Así, en la cláusula segunda del contrato de servicio (folio 42), se consigna que tiene por objeto [...] alcanzar las metas programadas para el año 2013, por las cuales 'EL CONTRATADO' se obliga a prestar sus servicios personales a 'EL PROYECTO' para realizar y/o desarrollar labores temporales específicas correspondientes al Cargo de: AUXILIAR ADMINISTRATIVO, en la Obra 'Rehabilitación y Mejoramiento del Camino Vecinal Abeja'".

13. De este modo, este Tribunal considera que la parte demandada no cumplió con especificar la causa objetiva determinante de la contratación o necesidad perfectamente delimitada a satisfacerse mediante una contratación temporal. Asimismo, de fojas 53 se advierte el Memorándum 0358-2013-GOREMAD-2141/ADM mediante el cual se encarga funciones a la demandante para la adquisición de servicios en el Proyecto Especial Madre de Dios, documento dirigido por el jefe de Oficina de Administración, sin hacer referencia alguna a la obra para la cual se habría contratado a la demandante.

14. En consecuencia, en armonía con el artículo 77, inciso "d" del Decreto Supremo 003-97-TR, es forzoso concluir que los contratos de trabajo sujetos a modalidad en cuestión se han desnaturalizado. No obstante, debe tenerse en cuenta: i) lo expuesto en el aludido precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC (que tiene como fundamento el artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público), que exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el respectivo demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y ii) que en el caso de autos, conforme se desprende de la demanda y sus recaudos, la demandante no ingresó mediante dicho tipo de concurso público.

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

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01526-2017-PA/TC
MADRE DE DIOS
CHARWUELY MARINES ZAPANA SILVA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

EXP. N.° 01526-2017-PA/TC
MADRE DE DIOS
CHARWUELY MARINES ZAPANA SILVA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE EL AMPARO ES LA VÍA IDÓNEA PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA Y QUE CORRESPONDE DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, discrepo de la sentencia que declara improcedente la demanda. A mi juicio, debe declararse fundada la demanda por las siguientes razones:

Respecto de la no aplicación del precedente Elgo Ríos

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 tienen 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.

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, la recurrente interpuso su demanda el 14 de marzo de 2014. Esto es, hace más de 4 años y 8 meses, por lo que bajo ningún supuesto resulta igualmente satisfactorio que se la condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado, regulado en la Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497.

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 si 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.

Respecto de la no aplicación del precedente Huatuco

5. Asimismo, discrepo del contenido de los fundamentos 3, 14 y 15 de la sentencia en cuanto cita la sentencia recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC, por cuanto conforme a las consideraciones que desarrollé extensamente en el voto singular que emití en dicha oportunidad y al que me remito en su integridad, el proceso de amparo es la vía idónea para la tutela del derecho al trabajo frente al despido arbitrario de los trabajadores del sector público aun cuando no hayan ingresado por concurso público. Esto, en aplicación del principio de primacía de la realidad.

Análisis del caso

6. La recurrente ha solicitado su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando en el cargo de auxiliar administrativa de la oficina de abastecimiento del Proyecto Especial Madre de Dios, por haber sido objeto de un despido incausado.

7. El artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR, al establecer los requisitos formales de validez de los contratos modales, señala que estos "necesariamente deberán contar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral"

8. Conforme al artículo 77 del decreto precitado: "Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: (...) d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley".

9. Al respecto, en el presente caso se aprecia que la demandante ha acreditado en autos que prestó servicios para la demandada mediante las órdenes de servicios de enero a marzo de 2013 que obran en el expediente (folios 4, 7, 10, 13, 16, 19, 21,24,29,31,34 y 37), y mediante contrato individual de trabajo a plazo fijo para obra determinada de servicio específico del 1 de mayo al 31 de diciembre de 2013 (folios 42 a 50). Por lo que para poder dilucidar la presente controversia se evaluará el último periodo laborado de manera ininterrumpida por la recurrente, en el cual se produjo el supuesto despido, esto es, del 1 de mayo de 2013 al 31 de diciembre de 2013.

10. En tal sentido, se aprecia que el vínculo laboral de la recurrente se encontraba desnaturalizado, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, su relación laboral era de carácter indeterminado y por lo tanto, solo podía ser extinguida por una causa justificada y siguiendo el procedimiento establecido en el

Decreto Supremo 003-97-TR. En tal sentido, al no haberse procedido en dichos términos, se lesionó el derecho al trabajo de la recurrente. Al respecto de la revisión del contrato de servicio (folio 42) se puede visualizar que la parte demandada no cumplió con especificar la causa objetiva determinante de la contratación o necesidad perfectamente delimitada a satisfacerse mediante una contratación temporal. Asimismo, de fojas 53 se advierte el Memorándum 0358-2013-GOREMAD-2141/ADM mediante el cual se encarga funciones a la demandante para la adquisición de servicios en el Proyecto Especial Madre de Dios, documento que fue dirigido por el jefe de Oficina de Administración, sin hacer referencia alguna a la obra para la cual se habría contratado a la demandante.

11. En tal sentido, se aprecia que el vínculo laboral de la recurrente se encontraba desnaturalizado, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, su relación laboral era de carácter indeterminado y por lo tanto, solo podía ser extinguida por una causa justificada y siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto Supremo 003-97-TR. Por lo que al no haberse procedido en dichos términos, se lesionó el derecho al trabajo de la recurrente.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **NULO** el despido de Doña Charwuely Marines Zapana Silva, debiéndose ordenar la reposición laboral de la demandante como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

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

*

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

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

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

**

La STC 05057-2014-PA/TC también aspiraba a establecer como vinculante la aplicación inmediata de la regla anterior. Mi voto a favor de que no deba ordenarse la reposición de los trabajadores que no ingresaron por concurso público, no comprendió su aplicación inmediata a los procesos en trámite [fundamento 21], ni la reconducción de estos a la justicia ordinaria [fundamento 22]. Precisé, en efecto, que "[n]o obstante, en relación al precedente, manifiesto mi disconformidad con su aplicación inmediata...", pues "estimo que la variación de un criterio que comportará, a su vez, una reconducción

del proceso a la vía ordinaria (y, con ella, una alteración de la pretensión), debería operar solo para aquellos casos que se inicien luego de que esta sentencia sea publicada en el diario oficial *El Peruano".*

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

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

De modo pues que, al ser aun aplicables a este caso las reglas y la jurisprudencia de este Tribunal vigentes antes de la aprobación de la STC 5057-2013-PA/TC, y al haberse acreditado que se desnaturalizó el contrato de trabajo de la parte demandante [fundamento 14 de la STC 01526-2017-PA/TC] corresponde ordenar su reposición.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01526-2017-PA/TC
MADRE DE DIOS
CHARWUELY MARINES ZAPANA SILVA

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[1].

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[2].

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.

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].

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

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

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

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

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

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

> El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.
> **Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido**. [...].

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

> 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[4].

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.