



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARÍAS ROMÁN CHÁVEZ

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de noviembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de Pleno del día 4 de abril de 2017 y el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Zacarías Román Chávez contra la resolución de fojas 1874, de fecha 18 de diciembre de 2015, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró infundada la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 7 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, se le reponga en el cargo de chofer operador de cisternas 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 4 años; no obstante, 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 por ser despedido de modo incausado.

La apoderada de la empresa demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA, con fecha 11 de noviembre de 2009, deduce las excepciones de litispendencia y de falta de legitimidad para obrar del demandado, formula denuncia civil a efectos de que 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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARÍAS ROMÁN CHÁVEZ

ejecución de dicho servicio, entre los que se encuentra incluido el demandante, no tiene vínculo con su representada. 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.

El Cuarto Juzgado Civil del Callao, con fecha 14 de julio de 2014, declaró infundadas la excepción propuesta; y con fecha 11 de agosto de 2014, 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 derecho al trabajo.

La Sala superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró infundada la demanda, por considerar que no se ha desnaturalizado la tercerización celebrada entre Servosa Gas SAC y Repsol YPF Comercial del Perú SA, dado que, si bien los vehículos utilizados por el demandante no pertenecían a Servosa Cargo SAC, esta empresa cuenta con un contrato de comodato que le concede el derecho de uso de los vehículos pertenecientes a la demandada.

### FUNDAMENTOS

#### Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita su reposición en el cargo de chofer operador de cisternas de GLP a granel, pues habría sido víctima de un despido incausado. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo.

#### Procedencia de la demanda

2. A la fecha de interposición de la presente demanda (7 de octubre de 2009), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Callao, por lo que en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en el Expediente 02383-2013-PA/TC.
3. Por ello, es que atendiendo a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARÍAS ROMÁN CHÁVEZ

corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado, conforme lo señala en su demanda.

### Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. 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”.
5. Con el Contrato de Transporte y Distribución de Gas Licuado de Petróleo a Granel y su adenda (folios 422 a 443 y 464, respectivamente) y con el Contrato de Cesión de Posición Contractual (folios 461 a 463), se acredita que la empresa demandada y Servosa Gas SAC 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 chofer para prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la sociedad demandada.
6. 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.

7. Por lo 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.
8. Por ende, la tercerización consiste en la contratación de empresas para que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC

CALLAO

ZACARÍAS ROMÁN CHÁVEZ

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 carné de identificación con el logotipo de la demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA (folio 28), así como carnés de capacitación expedidos por dicha empresa por los años 2006 a 2008 (folios 29 a 31). 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 422 a 443), en el que se precisó que "EL TRANSPORTISTA deberá asegurarse que su personal reciba las capacitaciones de 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.

9. Asimismo, en el caso en concreto, estando a los formatos de control en garitas tolerancia cero, se consigna al demandante como chofer del vehículo WGB-233 (folio 46), que pertenecía a la empresa demandada, conforme se advierte de la tarjeta de propiedad (folio 51) y 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 444 y 445).
10. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC

CALLAO

ZACARÍAS ROMÁN CHÁVEZ

- subcontratación resulta incompatible con nuestra Constitución.
11. 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 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.
  12. Por otro lado, respecto del argumento expuesto por la demandada en el sentido de que el recurrente habría sido despedido por su “empleadora” Servosa Gas SAC por haber cometido falta grave al haber abandonado su puesto de trabajo, y no por su empresa, cabe precisar que en el presente caso se ha concluido que el vínculo laboral del recurrente se estableció con la empresa demandada, por lo que, conforme a ello y como se desprende del acta de constatación policial de fecha 25 de setiembre de 2009 (folio 4), el hecho de que la emplazada haya impedido el acceso al recurrente a su centro de trabajo configura un despido incausado.
  13. Sin perjuicio de lo señalado, debe precisarse que, de los memorandos dirigidos por Servosa Gas SAC al actor (folios 264 y 266), no se advierte que este último no haya asistido a laborar, sino que se habría negado a firmar las actas de asistencia a una charla. Asimismo, en la carta de imputación de cargos y de despido (folios 274 a 281) no se señalan las fechas en las cuales el actor no habría asistido, por lo que no puede afirmarse, entonces, que tenga coincidencia con la fecha en la cual el actor dejó de prestar labores en Repsol (24 de setiembre de 2009), tal es así que en las Constataciones Policiales de fojas 179, 191 y 197 se hace referencia a que en las fechas de inspección habían trabajadores “con descanso, otros han viajado a provincias y otra parte de trabajadores que no ingresaron a laborar [...]”, sin que se identifique en alguno de los supuestos al demandante.
  14. Por último, resulta necesario precisar que, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARÍAS ROMÁN CHÁVEZ

extender al actor los efectos de un proceso en el cual no ha participado, se estaría incurriendo en la vulneración del debido proceso.

15. Por lo expuesto, este Colegiado considera 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.

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, declarar **NULO** el despido del que ha sido objeto el demandante.
2. **ORDENAR** que Repsol YPF Comercial del Perú SA reponga a don Zacarías Román Chávez 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 conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional en la etapa de ejecución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

**PONENTE LEDESMA NARVÁEZ**

**Lo que certifico:**

Flávio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARÍAS ROMÁN CHÁVEZ

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

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

*“A la fecha de interposición de la presente demanda (7 de octubre de 2009), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Callao, por lo que en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en el Expediente 02383-2013-PA/TC.*

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

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

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



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARÍAS ROMÁN CHÁVEZ

que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.

3. En el presente caso, el recurrente interpuso su demanda el 7 de octubre de 2009. Esto es, hace más de 9 años, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 10 de agosto de 2016 (hace más de dos años), por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Callao, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.

**BLUME FORTINI**

*Lo que certifico:*

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARÍAS ROMÁN CHÁVEZ

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas. Sin embargo, considero necesario señalar lo siguiente:

1. Nuestra responsabilidad como jueces constitucionales del Tribunal Constitucional peruano incluye pronunciarse con resoluciones comprensibles, y a la vez, rigurosas técnicamente. Si no se toma en cuenta ello, el Tribunal Constitucional falta a su responsabilidad institucional de concretización de la Constitución, pues debe hacerse entender a cabalidad en la comprensión del ordenamiento jurídico conforme a los principios, valores y demás preceptos de esta misma Constitución.
2. En ese sentido, encuentro que en el presente proyecto se hace alusiones tanto a afectaciones como vulneraciones.
3. En rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a "intervenciones" o "afectaciones" iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia o injerencia en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción como una omisión, podría tener o no una connotación negativa, y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados *prima facie*, es decir, antes de analizar su legitimidad constitucional, como formas de afectación o de intervención iusfundamental.
4. Por otra parte, se alude a supuestos de "vulneración", "violación" o "lesión" al contenido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o afectaciones iusfundamentales negativas, directas, concretas y sin una justificación razonable. Por cierto, calificar a tales afectaciones como negativas e injustificadas, a la luz de su incidencia en el ejercicio del derecho o los derechos alegados, presupone la realización de un análisis de mérito sobre la legitimidad de la interferencia en el derecho.

S.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA

*Lo que certifico:*

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





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARIAS ROMÁN CHÁVEZ

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

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

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

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario*, englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARIAS ROMÁN CHÁVEZ

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

**SARDÓN DE TABOADA**

*Lo que certifico:*

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARIAS ROMAN CHAVEZ

### 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 Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

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

MR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARIAS ROMAN CHAVEZ

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].

M



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARIAS ROMAN CHAVEZ

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. [...].**

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

<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 03895-2016-PA/TC  
CALLAO  
ZACARIAS ROMAN CHAVEZ

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.