



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCÍO ORTIZ ELIZARBE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 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, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Jessenia Rocío Ortiz Elizarbe contra la resolución de fojas 381, de fecha 20 de mayo de 2015, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La parte demandante, con fecha 6 de marzo de 2012, interpone demanda de amparo contra el BBVA Banco Continental, con el objeto de que se deje sin efecto el despido arbitrario de la que fue víctima y que, en consecuencia, se ordene su reposición en el cargo de Administrativo Centro Procesos Masivos en Medios-Operaciones Centralizadas, con el pago de las costas y costos del proceso. Refiere que laboró desde el 1 de diciembre de 2008 hasta el 31 de enero de 2012 mediante contratos modales.

Afirma que su contratación se desnaturalizó en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, pues el demandado prorrogó, el 1 de noviembre de 2011, un presunto contrato por servicio específico, cuando en realidad desde el inicio de la relación de trabajo se suscribieron contratos por incremento de actividad; y que, por esta razón, se configuró la causal de desnaturalización estipulada en el artículo 77, inciso "a", del Decreto Supremo 003-97-TR. Así también, afirma que en realidad las labores que realizaba tienen naturaleza permanente; por tanto, su contrato de trabajo a plazo fijo se desnaturalizó.

El apoderado del BBVA Banco Continental propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda señalando que no despidió a la actora, sino que la desvinculación se debió al vencimiento del plazo pactado en el contrato por servicio específico. Resalta que el contrato suscrito cumple con todas las formalidades establecidas en la ley, que se estableció la causa objetiva, además no se superó el plazo máximo de contratación previsto para la modalidad de incremento de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCÍO ORTIZ ELIZARBE

actividad, pues el último contrato, (del 1 de noviembre de 2011 hasta el 31 de enero de 2012), fue un contrato para servicio específico.

El Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 3 de enero de 2012 (sic), declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 18 de diciembre de 2013, declaró fundada la demanda y ordenó la reposición de la actora por considerar que los contratos suscritos se han desnaturalizado y convertido en un contrato de trabajo a plazo indeterminado porque fueron suscritos con fraude, de conformidad con el artículo 77, inciso "d", del Decreto Supremo 003-97-TR.

La Sala superior revisora confirma la resolución que declara infundada la excepción propuesta, revoca la resolución que estima la demanda y la declara improcedente, por considerar que para resolver la controversia se requiere actuar medios probatorios, por lo que debe recurrirse a la vía laboral ordinaria.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la parte demandante en el cargo de Administrativo Centro Procesos Masivos en Medios-Operaciones Centralizadas del BBVA Banco Continental, con el pago de las costas y los costos del proceso, por haber sido objeto de un despido arbitrario. Alega que su contrato de trabajo por incremento de actividades ha sido desnaturalizado, por haberse suscrito vulnerando el artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, por lo que, habiéndose dado por extinguida su relación laboral sin expresión de una causa justa, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.

Consideraciones previas

2. Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Lima y que la demanda fue presentada el 6 de marzo de 2012, esto es, antes que la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, fuera implementada en el distrito judicial de Lima. Entonces, en la medida en que la demanda se interpuso antes de que existiera una vía procesal idónea para proteger el derecho constitucional al trabajo, de conformidad con lo establecido en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional de amparo es la idónea para resolver la controversia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCÍO ORTIZ ELIZARBE

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

Análisis de la controversia

- Conforme el artículo 22 de la Constitución: “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 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
- Para resolver la controversia debe tenerse presente que el artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, establece que “[e]l contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años. Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa”.
- El artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR prescribe que los contratos modales se desnaturalizan y se convierten en indeterminados en los siguientes supuestos, entre otros: “d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”.
- En el caso concreto, la controversia se centra en determinar si los contratos por incremento de actividades se desnaturalizaron y se convirtieron o no en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, por haberse vulnerado el artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR. Si ello fuera así, la actora solo podía ser despedida por una causa relativa a su capacidad o conducta laboral.
- En la cláusula primera del contrato por incremento de actividad, con vigencia desde el 1 de diciembre de 2008 hasta el 30 de junio de 2009, se señala lo siguiente:

El Banco Continental requiere los servicios de EL (L.A) TRABAJADOR (A), para que se desempeñe temporalmente como Asesor de Servicios en le Red de Oficinas del Área Comercial del Banco, debido al incremento de actividades generado por la captación de nuevos clientes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCÍO ORTIZ ELIZARBE

Mientras que la cláusula segunda se limita a señalar que la actora laborará bajo la modalidad de incremento de actividades bajo los alcances del artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR (folio 18).

9. Como puede verse, no se cumple con justificar la causa objetiva determinante de la contratación modal, debido a que es demasiado genérica e imprecisa, pues se limitan a señalar que hay una presunta captación de nuevos clientes sin proporcionar información relevante que permita establecer que, en efecto, existió una causa objetiva en el presente caso que podría justificar una contratación modal y no una a plazo indeterminado. Además, no se especificó la relación que existiría entre esta actividad y las funciones a realizar por el trabajador.

10. Aunado a ello, a folios 23 obra una presunta prórroga de un contrato de trabajo por servicio específico, cuando el contrato que le antecede es un contrato por incremento de actividades. Este contrato, en su cláusula segunda, se limitan a señalar que se “prorroga” el contrato aludido en la cláusula primera por el periodo del 1 de noviembre de 2011 hasta el 31 de enero de 2012 para que “realice las labores descritas en la cláusula anterior, enmarcándose estas labores dentro de lo dispuesto en el artículo 63 del Decreto Supremo 003-97-TR”.

11. La cláusula primera de este contrato solo se limitan a señalar que “ambas partes suscribieron un contrato de trabajo sujeto a modalidad para efectuar labores como GESTOR CENTRO PROCESOS MASIVOS 1 en MEDIOS – OPERACIONES CENTRALIZADAS”. En consecuencia, este último contrato tampoco cumple con justificar la causa objetiva que determina la contratación modal, pues no se señala cuál es la actividad temporal por la que se contrata a la actora.

12. Por tanto, el contrato de trabajo modal ha sido desnaturalizado, por haberse producido el supuesto previsto en el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, debiendo ser considerado, entonces, como un contrato de trabajo a plazo indeterminado, según el cual la actora solo podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo que no ha ocurrido en el presente caso, razón por la cual ha sido objeto de un despido arbitrario.

13. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido arbitrario, vulneratorio del derecho al trabajo de la parte demandante, reconocido en el artículo 22 de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05286-2015-PA/TC
LIMA
JESSENIA ROCÍO ORTIZ ELIZARBE

Efectos de la sentencia

- 14. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo de la demandante, corresponde ordenar la reposición como trabajadora 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.
- 15. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir las costas y los costos del proceso, 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

- 1. Declara **FUNDADA** la demanda de amparo en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo; en consecuencia, declarar **NULO** el despido del que ha sido objeto la parte demandante.
- 2. **ORDENAR** que el BBVA Banco Continental reponga a doña Jessenia Rocío Ortiz Elizarbe como trabajadora contratada a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar jerarquía o 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 las costas y los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

Eloy Espinosa Saldana

Vizcardo

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Lo que certifico:

[Signature]
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

POLENTE LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05286-2015-PA/TC
LIMA
JESSENIA ROCÍO ORTIZ ELIZARBE

**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 LA DEMANDANTE**

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto del 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:

“Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Lima y que la demanda fue presentada el 6 de marzo de 2012, esto es antes que la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, fuera implementada en el distrito judicial de Lima. Entonces, en la medida en que la demanda se interpuso antes de que existiera una vía procesal idónea para proteger el derecho constitucional al trabajo, de conformidad con lo establecido en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional del amparo es la idónea para resolver la controversia.

Es decir, antes de resolver el fondo de la controversia, en tales fundamentos se realiza un análisis previo relativo a verificar si a la fecha de interposición de la demanda de amparo en el caso sub *litis*, se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en el Distrito Judicial de Lima; y, como quiera que a esa fecha aún no se encontraba vigente tal ley en el referido distrito judicial, se concluye que la 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05286-2015-PA/TC
LIMA
JESSENIA ROCÍO ORTIZ ELIZARBE

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 6 de marzo de 2012. Esto es, hace más de 6 años y 9 meses, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 2015, por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCÍO ORTIZ ELIZARBE

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

Estoy de acuerdo con el sentido de lo resuelto en la presente resolución; sin embargo, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. En el numeral 1 de la parte resolutive del proyecto de sentencia encuentro presente una confusión de carácter conceptual, que se repite asimismo en otras resoluciones del Tribunal Constitucional, la cual consiste en utilizar las expresiones “afectación”, “intervención” o similares, para hacer a referencia ciertos modos de injerencia en el contenido de derechos o de bienes constitucionalmente protegidos, como sinónimas de “lesión” o “vulneración”.
2. 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.
3. Por otra parte, se alude a supuestos de “vulneración” 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 sustantivo o de mérito sobre la legitimidad de la interferencia en el derecho.
4. Además, considero necesario señalar que estamos ante una amenaza a un derecho fundamental cuando nos encontramos ante un hecho futuro que constituye un peligro próximo (cierto e inminente), en tanto y en cuanto configura una incidencia negativa, concreta, directa y sin justificación razonable a ese derecho fundamental.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCIO ORTIZ ELIZARBE

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 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCIO ORTIZ ELIZARBE

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 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCIO ORTIZ ELIZARBE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al “derecho de estabilidad en el trabajo”, como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).

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

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

MA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCIO ORTIZ ELIZARBE

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 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCIO ORTIZ ELIZARBE

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización³.

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

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

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

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

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

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05286-2015-PA/TC

LIMA

JESSENIA ROCIO ORTIZ ELIZARBE

sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reáteguí Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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