



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 546/2020

EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE GONZALES

Con fecha primero de setiembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, han emitido la siguiente sentencia, por mayoría, declaran **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Asimismo, el magistrado Blume Fortini formuló fundamento de voto y los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02635-2016-PA/TC
LIMA
NANCY ENRIQUETA ALEGRE
GONZALES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 1 de septiembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del Magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada.

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Nancy Enriqueta Alegre Gonzales contra la resolución de fojas 738, de fecha 13 de abril de 2015, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de agosto de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) y la Contraloría General de la República (CGR), solicitando el cese de la amenaza de despido incausado de la cual es víctima por aplicación de la Ley 29555. En consecuencia, requiere lo siguiente: i) que se inaplique el artículo 3, numeral 3.2, de la Ley 29555; ii) que se ordene a la demandada abstenerse de despedirla, cesarla o resolver su contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto por el artículo 3, numeral 3.2, de la Ley 29555, o que, alternativamente, se reponga en su puesto de trabajo en caso de que la parte demandada la despida durante la tramitación del presente proceso; iii) que se inaplique el artículo 7 de la Ley 29555 y, por consiguiente, se ordene a la demandada abstenerse de cesarla y liquidarla en sus derechos y beneficios a la fecha en que se disponga su incorporación a la Contraloría General de la República, lo que debe efectuarse sin solución de continuidad y con respeto de sus derechos y beneficios laborales adquiridos; y iv) que se ordene el pago de los costos y costas del proceso.

Refiere que, desde el 5 de noviembre de 2001, labora en el Jurado Nacional de Elecciones como jefa del Órgano de Control Institucional, sujeta a contrato de trabajo a plazo indeterminado en el régimen laboral de la actividad privada; y que, con fecha 13 de julio de 2011, se publica la Ley 29555, “Ley que implementa la incorporación progresiva de las plazas y presupuesto de los órganos de control institucional a la Contraloría General de la República”, la cual dispone el despido o cese de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE

GONZALES

trabajadores que laboran en los órganos de control institucional del sector público y comprende a todo el personal, sin distinguir su modalidad de contratación. Manifiesta que, debido a esta ley, el JNE tiene la obligación de despedirla en el momento en que la CGR le comunique que debe transferir las plazas y presupuesto de su órgano de control institucional. Así, mediante Oficio 01172-2011-GG/GOCI, de fecha 2 de agosto de 2011, este organismo le informó que procedería a despedirla en cuanto designara a otra persona para ocupar su cargo, en aplicación de la referida ley. Agrega que la Ley 29555, al disponer en sus artículos 3 y 7 que las entidades públicas deben cesar o resolver el contrato de sus trabajadores que ocupan plazas de los órganos de control institucional, establece el despido de los trabajadores por motivos ajenos a la existencia de una causa justa relativa a su capacidad o conducta, lo cual vulnera sus derechos al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la igualdad ante la ley, a la no discriminación, al debido proceso y al derecho de defensa.

El procurador público encargado de los asuntos judiciales del Jurado Nacional de Elecciones contesta la demanda señalando que, conforme se advierte del Oficio 01172-2011-GG/GOCI, de fecha 2 de agosto de 2011, la demandante no se encontraba dentro de los alcances del artículo 7 de la Ley 29555, al no haber acreditado su ingreso al JNE por concurso público para ocupar el cargo de confianza de jefe de control institucional, por lo que no correspondía su incorporación directa a la CGR. Agrega que, por tal motivo, mediante Resolución 028-2012-GG, la CGR dio por concluida la designación de la demandante como jefe del Órgano de Control Institucional del JNE, decisión que no vulnera derecho constitucional alguno de la demandante al haber sido expedida al amparo de la Constitución y la ley objeto de cuestionamiento.

El procurador público encargado de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República contesta la demanda señalando que la Ley 29555 no establece el despido sin causa justa de ningún trabajador de los órganos de control institucional, toda vez que, en su artículo 7, señala expresamente que estos serán transferidos a la Contraloría General de la República. En el caso de la demandante, será transferida a esta entidad sin perder la ligazón laboral, puesto que el empleador finalmente siempre va a ser el Estado. Agrega que no existe amenaza contra los derechos fundamentales invocados en la demanda, puesto que la demandante se encuentra vinculada con el JNE mediante contrato de trabajo a plazo indeterminado, por lo que tiene asegurada su permanencia en esta entidad dentro de los términos contractuales suscritos con su empleadora. Es así que la función que viene desarrollando no se encuentra en riesgo alguno por la aplicación de la Ley 29555.

El Primer Juzgado Especializado Constitucional de Lima, con fecha 3 de enero de 2013, declaró fundada en parte la demanda por considerar que, mediante Oficio 01172-2011-GG/GOCI, se determinó que la actora no se encuentra dentro de los alcances del artículo 7 de la Ley 29555, al no haber acreditado su ingreso por concurso



EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE
GONZALES

público de méritos, y, mediante Resolución 013-2012-P/JNE, de fecha 26 de enero de 2012, se resolvió concluir su designación a partir de la incorporación del nuevo jefe del Control Institucional del Jurado Nacional de Elecciones. Agrega que, en atención a ello, la demandante fue víctima de un despido en aplicación de la referida ley, hecho que constituye una vulneración de su derecho al trabajo. Al haber sido una trabajadora a plazo indeterminado sujeta al régimen laboral de la actividad privada, solo podía ser despedida por una causa justa relativa a su capacidad o conducta.

La Sala Superior revisora revocó la apelada y declaró infundada la demanda por estimar que, mediante Resolución 008-2002-P/JNE, de fecha 16 de enero de 2002, la demandante ingresó a laborar en el JNE como funcionaria de confianza en mérito de lo dispuesto por la Ley 27594, y por Resolución 013-2012-P/JNE se dio por concluida la designación de la demandante en el cargo de confianza de jefa de la Oficina de Control Institucional del JNE, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 29555. Agrega que, siendo así, la recurrente no ingresó a laborar por concurso público, sino fue designada en el cargo de confianza, por lo que no goza de la protección de la estabilidad laboral.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demandante solicita el cese de la amenaza de despido incausado de la cual es víctima por aplicación de la Ley 29555, y que, en consecuencia: i) se inaplique a su persona el artículo 3, numeral 3.2 de la Ley 29555; ii) se ordene a la demandada abstenerse de despedirla, cesarla o resolver su contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto por el artículo 3, numeral 3.2 de la Ley 29555 o, alternativamente, reponerla en su puesto de trabajo en caso que la parte demandada la despidiera durante la tramitación del presente proceso; iii) se inaplique el artículo 7 de la Ley 29555 y, por consiguiente, se ordene a la demandada abstenerse de cesarla y liquidarla en sus derechos y beneficios a la fecha en que se disponga su incorporación a la Contraloría General de la República, la misma que debe efectuarse sin solución de continuidad y con respeto de sus derechos y beneficios laborales adquiridos; y iv) se ordene el pago de los costos y costas del proceso. Alega la vulneración de sus derechos al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la igualdad ante la ley, a la no discriminación, al debido proceso y al derecho de defensa.
2. De fojas 207 a 209 obra la Resolución 013-2012-P/JNE, de fecha 26 de enero de 2012, mediante la cual el JNE ha dado por concluida la designación de la demandante en el cargo de confianza de Gerente de la Oficina de Control Interno y Auditoría del JNE, en cumplimiento de la Resolución de Contraloría 028-2012-CG. En consecuencia, la supuesta amenaza de despido se ha concretado, por lo que el presente caso será evaluado teniendo en consideración el referido suceso (despido)



EXP. N.º 02635-2016-PA/TC
LIMA
NANCY ENRIQUETA ALEGRE
GONZALES

al momento de dilucidar la controversia y verificar si se ha vulnerado los derechos constitucionales invocados en la demanda de autos.

Cuestión previa

3. Conforme a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (23 de agosto de 2011), aún no había entrado en vigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, por lo que en el referido distrital 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 la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

Análisis del caso concreto

4. Si bien la ley cuya inaplicación se solicita se encuentra derogada por la Segunda Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30742, “Ley de fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control”, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de marzo de 2018, se procederá a realizar un análisis a fin de determinar si el despido deviene en arbitrario.
5. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “[e]l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
6. De la Resolución 008-2002-P/JNE, de fecha 16 de enero de 2002 (folio 349), se corrobora que se designó a la demandante en el cargo de gerenta de la Oficina de Control Interno y Auditoría del JNE, en el régimen laboral de la actividad privada, en el marco de la Ley 27594, “Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos”, que permite la designación de funcionarios en cargo de confianza distintos a los comprendidos en el artículo 1 de dicha ley por resolución del titular de la entidad correspondiente. Por tanto, previamente se deberá determinar cuál es la naturaleza del cargo desempeñado por la actora, pues, a partir de ello, se podrá llegar a la conclusión de la existencia o no de un despido arbitrario.
7. De acuerdo con lo previsto en el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, y tienen acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales, y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, lo son aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente



EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE

GONZALES

al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

8. Este Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 03501-2006-PA/TC, ha considerado que los trabajadores que asumen un cargo de dirección o de confianza están supeditados a la confiabilidad del empleador en sus funciones. En ese caso, el retiro de esta puede ser invocado por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos. Asimismo, ha establecido que si un trabajador, desde el inicio de sus labores, conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o realiza labores que impliquen tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en el empleo; y precisa que si el trabajador realizó inicialmente labores comunes y posteriormente es promocionado para desempeñar un cargo de confianza, al retirársele la confianza depositada debe retornar a realizar las labores comunes anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su despido de la institución.
9. También es pertinente resaltar que, en la sentencia expedida en el Expediente 00575-2011-PA/TC, se ha señalado que un cargo debe ser calificado como de confianza por las responsabilidades, obligaciones y relación que mantiene el trabajador con su empleador; y que, en ese sentido, la realidad de los hechos y la naturaleza de las labores son la que determinan si un cargo es o no de confianza o de dirección. Por tanto, a fin de determinar si el recurrente era un trabajador de confianza, se deberá analizar el presente caso en función de lo dispuesto en las referidas sentencias.
10. De acuerdo con el artículo 42 del TUO del Reglamento de Organización y Funciones del JNE, aprobado por la Resolución 601-2010-JNE (<http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/2022/PLAN_2022_Reglamento%20de%20Organizaci%C3n%20y%20Funciones%20del%20JNE_2010.pdf>), se verifica que las funciones del Órgano de Control Institucional, del cual la demandante era la jefa, son las siguientes:
 1. Planificar, organizar, dirigir, coordinar y controlar el cumplimiento de las políticas, objetivos, estrategias, metas, funciones y acciones institucionales, en el ámbito de su competencia;
 2. Formular, proponer, ejecutar y evaluar el Plan Anual de Control en concordancia con las directivas y lineamientos que emanan de la Contraloría General de la República, como órgano superior de control, así como también formular el Plan Operativo del órgano y proponer su Presupuesto conforme a los procedimientos



EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA

ALEGRE

GONZALES

establecidos por la Contraloría General y, en lo que corresponda, por los procedimientos aprobados por la autoridad competente en el Jurado Nacional de Elecciones;

3. Planificar, organizar, dirigir, coordinar y ejecutar acciones de control, formulando recomendaciones que propicien el mejoramiento de la gestión y el desempeño de los funcionarios, directivos y servidores de conformidad con las normas del Sistema Nacional de Control y la política establecida por la Alta Dirección del Jurado Nacional de Elecciones;
4. Efectuar las acciones de control dispuestas por el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones y la Contraloría General de la República;
5. Efectuar auditorias a los estados financieros y presupuestarios de la entidad, así como a la gestión de la misma, de conformidad con las pautas que señale la Contraloría General de la República;
6. Recibir y atender las denuncias formuladas por funcionarios, directivos, servidores y ciudadanos, sobre actos y operaciones de la entidad, de conformidad con las normas del Sistema Nacional de Control;
7. Emitir informes oportunos a la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones y a la Contraloría General de la República, respecto a los resultados de las acciones de control efectuadas, de acuerdo con la normatividad del Sistema Nacional de Control;
8. Efectuar el seguimiento y evaluación de la implementación de las recomendaciones derivadas de las acciones de control realizadas en el Jurado Nacional de Elecciones, por la Contraloría General de la República, por las Sociedades de Auditoria y por el propio Órgano de Control Institucional del Jurado Nacional de Elecciones;
9. Efectuar control preventivo sin carácter vinculante, con el propósito de optimizar la supervisión y mejora de los procesos, prácticas e instrumentos de control interno;
10. Actuar de oficio, cuando en los actos y operaciones de la entidad, se adviertan indicios razonables de ilegalidad, de omisión o de incumplimiento, informando a la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones para que adopte las medidas correctivas pertinentes;
11. Custodiar y mantener en buen estado el acervo documentario, equipamiento, mobiliario y materiales de trabajo, asignados al área;
12. Realizar otras funciones afines a su competencia que le asigne la Contraloría General de la República.

11. Asimismo, en su artículo 41 se precisa que “El Órgano de Control Institucional está a cargo de un directivo con categoría de Director General, que adquiere la denominación de Jefe de Control Institucional y es designado de acuerdo a las



EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE
GONZALES

disposiciones establecidas por la Contraloría General de la República”. A partir de lo expuesto, se acredita que la demandante ocupaba un puesto en el cual las funciones asignadas, las responsabilidades y la representatividad que de aquellas se derivan son propias de un trabajador de confianza conforme a lo señalado en el Expediente 03501-2006-PA/TC.

12. Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 59 del Reglamento del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, comunicar por escrito tal calificación, consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60 del mencionado reglamento prescribe que la calificación de los puestos de confianza “es una formalidad que debe observar el empleador”. Sin embargo, “su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita”, debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto.
13. En este escenario, queda claro que la calificación de un cargo como de confianza o no dependerá de la naturaleza de las funciones que le son propias. Además, se desprende que la demandante, desde el inicio de su relación laboral, tenía conocimiento de que ocupaba un cargo calificado como de confianza, por cuanto la Resolución 008-2002-P/JNE, de fecha 16 de enero de 2002, que dispuso su designación como gerenta de la Oficina de Control Interno y Auditoría del JNE, precisa en uno de sus considerandos que la designación se realiza en el marco de la Ley 27594, que “permite la designación de funcionarios en *cargo de confianza* distintos a los comprendidos en el Artículo Primero de la vigente norma legal, mediante Resolución del Titular del Pliego” (folio 349). Asimismo, cabe resaltar que mediante la Resolución 013-2012-P/JNE, de fecha 26 de enero de 2012, el JNE da por concluida la designación de la demandante en el cargo en confianza de Gerente de la Oficina de Control Interno y Auditoría y precisa que “se designó a la señora C.P.C. Nancy Alegre Gonzáles en el cargo de confianza [...] bajo el régimen laboral de la actividad privada” (folio 207).
14. Por tanto, cabe concluir que la recurrente realizó las labores de un trabajador de confianza debido a las funciones y las características propias del cargo, lo que ha quedado acreditado con los documentos mencionados en los fundamentos 12 y 15 *supra*. En consecuencia, si bien la demandante cuestiona la aplicación de la Ley 29555, en el presente caso debe considerarse que ostentaba un cargo de confianza, por lo que, más allá de dicho cuestionamiento, con la expedición de la Resolución 013-2012-P/JNE, de fecha 26 de enero de 2012, que dio por concluida la designación de la demandante en el cargo que ocupaba, no se ha vulnerado derecho constitucional alguno, razón por la cual la demanda debe desestimarse.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE

GONZALES

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE

GONZALES

**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 3, 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:

“(…) Conforme a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784- 015-CE-PJ, de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente anda (23 de agosto de 2011), aún no había entrado en vigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, 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 la Sentencia 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 Piura; 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 coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE

GONZALES

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 a la 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 23 de agosto de 2011 y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 2016, 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



EXP. N.º 02635-2016-PA/TC
LIMA
NANCY ENRIQUETA ALEGRE
GONZALES

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).
4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación

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.



EXP. N.º 02635-2016-PA/TC
LIMA
NANCY ENRIQUETA ALEGRE
GONZALES

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].



EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE

GONZALES

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).



EXP. N.º 02635-2016-PA/TC
LIMA
NANCY ENRIQUETA ALEGRE
GONZALES

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

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

Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

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

S.

FERRERO COSTA

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02635-2016-PA/TC
LIMA
NANCY ENRIQUETA ALEGRE
GONZALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02635-2016-PA/TC

LIMA

NANCY ENRIQUETA ALEGRE

GONZALES

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