



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de octubre de 2020, los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido el siguiente auto, que resuelve **ADMITIR A TRÁMITE** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 02692-2017-PA/TC. El magistrado Ramos Núñez, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia mencionada.

Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló un fundamento de voto.

La magistrada Ledesma Narváez formuló un voto singular declarando fundada la demanda, y los magistrados Ferrero Costa y Sardón De Taboada emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza el auto, el fundamento de voto, y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 20 de octubre de 2020

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Hilton César Herrera Lévano contra la resolución de fojas 700, de fecha 7 de febrero de 2017, expedida por la Sala Mixta de Chincha de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Con fecha 11 de agosto de 2016, el recurrente interpuso demanda de amparo contra Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú) a fin de que se declare la nulidad de la Carta de fecha 1 de agosto de 2016, se deje sin efecto el despido arbitrario del cual ha sido objeto por tener la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 6; y, en consecuencia, se disponga su reincorporación en el cargo de cobrador de peaje de la Estación de Peaje Ica-Villacuri. Solicita, además, que se declare inaplicable el artículo 34, segundo párrafo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Decreto Supremo 003-97-TR, más el pago de los costos del proceso.
2. Manifiesta haber realizado labores del 20 de setiembre de 2005 al 2 de agosto de 2016, como cobrador de peaje, y sin que exista causa justa alguna derivada de su capacidad o conducta laboral, la entidad emplazada procedió a la extinción de su vínculo laboral de manera unilateral y arbitraria. Refiere que tenía la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi, pero que fue despedido conjuntamente con otros 15 afiliados, con la finalidad de promover la desafiliación de los trabajadores, evidenciándose un acto de discriminación sindical, logrando la emplazada con dicho accionar que solo cuenten con 18 afiliados al sindicato afectando con ello gravemente la continuidad del sindicato pues conforme a la Ley de Relaciones Colectivas se requiere contar por lo menos con 20 trabajadores.
3. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al derecho al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso. Por último, agrega que el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 de Opecovi, en la actualidad, tiene en trámite dos procesos judiciales (Expedientes 22261-2013 y 22411-2013) sobre desnaturalización del contrato de locación de servicios de operación (tercerización) entre Coviperú y Opecovi.
4. El Juzgado Especializado Civil de Chincha, con fecha 1 de setiembre de 2016, declaró improcedente la demanda de amparo por estimar que la pretensión del demandante



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC

ICA

HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

podría ser resuelta en la vía del proceso ordinario laboral, por constituir una vía igualmente satisfactoria, siendo aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. La Sala Superior revisora confirmó la apelada por similar argumento, agregando que lo requerido por el accionante (reposición laboral) no puede ser dilucidado mediante el proceso de amparo, de conformidad con la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC.

5. El Tribunal Constitucional no comparte los argumentos de las instancias jurisdiccionales precedentes. Y es que de lo actuado se verifica que el despido del accionante fue concretado mediante carta de fecha 1 de agosto de 2016 (f. 3), el cual podría tener vinculación con una de las demandas interpuestas por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi, a la cual se ha hecho referencia *supra*.
6. En efecto, en el proceso judicial interpuesto por el sindicato referido por desnaturalización de tercerización (Expediente 22411-2013-4-1801-JR-LA-15), mediante Sentencia de vista de fecha 27 de octubre de 2015 la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado de 31 trabajadores representados por el sindicato demandante con Concesionaria Vial del Perú S. A., entre los que se encuentra el recurrente (f. 218). Por tanto, se ordenó a Concesionaria Vial del Perú S. A. que registrara a cada uno de los 31 trabajadores en su libro de planillas.
7. Por otro lado, también se puede comprobar en autos que de los 31 trabajadores incorporados a planillas por Concesionaria Vial del Perú S. A., por lo menos 14 fueron despedidos por dicha empresa aproximadamente un año después, mediante cartas de fecha 1 de agosto de 2016 (ff. 3 a 17), justificando que su accionar obedecía a “motivos estrictamente empresariales”. Dicha conducta, al margen de que la demanda por desnaturalización de contrato de tercerización fue interpuesta por un sindicato que no pertenecía a la empresa demandada en el presente proceso de amparo, denotaría un despido masivo de trabajadores que estaban siendo representados por dicho sindicato y que, de manera indirecta, se estaría diluyendo las posibilidades de que estos pudieran ejercer en la nueva relación laboral sus derechos al trabajo y a la libertad sindical, entre otros.
8. Siendo ello así, de acuerdo a la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo en las que se alega la vulneración del derecho a la libertad sindical, corresponde evaluar en sede constitucional si dicho derecho constitucional de la recurrente, entre otros, ha sido vulnerado (Cfr. Expediente 01909-2017-PA/TC; 00456-2017-PA/TC).
9. Sentado lo anterior, este Tribunal estima que las instancias inferiores han incurrido en error al momento de calificar la demanda. En base a lo antes señalado, en principio,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC

ICA

HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

debería aplicarse el segundo párrafo del artículo 20 del Código Procesal Constitucional, motivo por el cual debería anularse todo lo actuado y ordenar que se admita a trámite la demanda, prosiguiéndose con el trámite de ley.

10. Sin embargo, no podemos ser ajenos a ciertos hechos que vivimos en el presente. El país, a la fecha, atraviesa una grave crisis pandémica que ha calado también en la efectividad de la actividad estatal, en todos los niveles. No puede ignorarse que el brote del COVID19 ha afectado particularmente la operatividad de la impartición de justicia. Esto, sumado a la gran carga procesal, puede implicar un detrimento a la celeridad de la respuesta definitiva que los órganos jurisdiccionales deben dar a los casos que se les plantea, a pesar de los grandes esfuerzos que las autoridades y los trabajadores realizan para intentar combatir este problema. Conforme a lo expuesto, la nulidad de lo actuado, a fin de que la demanda sea admitida por el órgano jurisdiccional de primer grado podría dilatar innecesariamente el trámite de la presente causa.
11. En este sentido, excepcionalmente, debe admitirse a trámite la demanda en sede del Tribunal Constitucional sobre los extremos referidos *supra*.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y con los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada, que se agregan. Se deja constancia que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

RESUELVE

1. **ADMITIR** a trámite la demanda de amparo y, en consecuencia, dispone conferir a la parte emplazada un plazo de diez días hábiles para que, en ejercicio de su derecho de defensa, alegue lo que juzgue conveniente previa notificación de la demanda, sus anexos y del recurso de agravio constitucional.
2. Ejercido el derecho de defensa de la parte emplazada o vencido el plazo para ello, esta quedará expedita para su resolución definitiva.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, y sin perjuicio de la cuestión previa que se habría analizado para considerar al proceso de amparo como vía idónea para dilucidar lo pretendido por el actor, debo realizar las siguientes anotaciones:

1. El precedente "Elgo Ríos" (02383-2013-PA/TC), emitido por este Tribunal el 22 de julio de 2015, supuso un cambio importante en la interpretación que se había estado haciendo del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, el artículo referido a la vía igualmente satisfactoria.
2. En este precedente se ofrecieron cuatro criterios que, a modo de test, debían analizarse en cada caso concreto para sostener si existe una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo para resolver la controversia en cuestión. Con ello, planteamos, que no debía insistirse en una lógica de listas de temas para distinguir cuando algo corresponde ser visto por la judicatura constitucional de cuando algo debe ir a una vía ordinaria.
3. De otro lado, conviene tener presente que un precedente anterior a "Elgo Ríos", el precedente "Baylón Flores" (STC 00206-2005-PA/TC), todavía vigente en lo referido a sus referencias a conceptos de naturaleza laboral material, señalaba expresamente que "(...) los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos." (f. 14). Se establecía así una línea directa para casos en los que se vulneraba o amenazaba la libertad sindical para que puedan ser vistos en amparo, aun cuando el proceso laboral pudiera ser igualmente tuitivo.
4. Los presupuestos para sustentar el razonamiento recogido en el fundamento anterior han sido expuestos por el Tribunal en el desarrollo de su jurisprudencia, mas no se habrían explicado las razones por las cuales ciertos temas, como la libertad sindical, se consideran con mayor relevancia constitucional que otros. Es más, la generación de una vía directa al amparo no parecería ser conforme una serie de posiciones asentadas por el Tribunal Constitucional y la doctrina constitucional como son la subsidiariedad o residualidad del amparo, la pretensión de que son los jueces del Poder Judicial los llamados a realizar el control de constitucionalidad, o los alcances de la constitucionalización del Derecho laboral, entre otros postulados que suelen afirmarse junto a reglas como a que he mencionado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

5. Frente a estas imprecisiones, el precedente "Elgo Ríos" plantea una serie de pautas argumentativas para los operadores de justicia que va más allá de la asignación injustificada e indiscriminada del tratamiento de algunos procesos al amparo sin importar las circunstancias de ello. El precedente "Elgo Ríos" obliga a argumentar en torno a sus cuatro criterios, que a continuación reitero, sin determinar a priori cual debe ser el resultado:
 - a. Estructura idónea, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz.
 - b. Tutela idónea, que mide la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a consideración
 - c. Urgencia como amenaza de irreparabilidad, donde se evalúa si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada
 - d. Urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño, donde se evalúa la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir
6. Una aplicación completa de "Elgo Ríos" no podrá ser, por tanto, una que solo haga referencia al alegato de parte para ingresar al fondo, ni tampoco podrá ser aquella que, relevándose de cualquier análisis adicional, asuma los criterios del caso "Baylón Flores".
7. Lo afirmado no quiere decir que exista una necesaria e inevitable contradicción entre los resultados que se obtengan en el análisis de procedencia bajo estos dos precedentes. Como se afirmó en la propia sentencia del caso "Elgo Ríos", es muy probable que en la mayoría de casos los resultados coincidirán. Básicamente lo que va a resultar distinto es el razonamiento que debe realizar el Tribunal para definir si una pretensión debe ser o no analizada por una vía igualmente satisfactoria.
8. En este caso en concreto, el análisis detallado debe ser el que presento a continuación:
 - a. *Estructura idónea:*

El proceso ofrecido como vía igualmente satisfactoria al amparo sería el proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Y es que en el artículo 2, inciso 3, de la Ley 29497, se señala que los juzgados laborales son competentes para conocer, en un proceso laboral abreviado, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

sindical.

En consecuencia, se cumple con el requisito de estructura idónea.

b. Tutela idónea

Desde una perspectiva objetiva, no se ha verificado que más allá de las previsiones legales a las que hace referencia el criterio anterior, existan razones que eviten que este caso se pueda ver en un proceso laboral abreviado.

En consecuencia, se cumple con el requisito de tutela idónea

c. Urgencia como amenaza de irreparabilidad:

Desde una perspectiva subjetiva, el demandante no ha alegado razón alguna que permita señalar que exista un daño irreparable a los derechos fundamentales alegados.

En consecuencia, se cumple con el requisito de no existencia de urgencia como amenaza de irreparabilidad.

d. Urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño.

El despido nulo implica en casi todos los casos la vulneración o amenaza de vulneración múltiple de derechos fundamentales. Aquello configura un daño de importante magnitud, no solo en el derecho del recurrente, sino por las consecuencias que puede tener en la comprensión de la libertad sindical de los demás involucrados.

En consecuencia, se incumple con el requisito de no existencia de urgencia por magnitud del bien involucrado o daño

9. Lo aquí expuesto nos lleva a señalar que si bien los tres primeros criterios se cumplen al punto que se perfila el procesal laboral abreviado como una vía igualmente satisfactoria, al no cumplirse el último de ellos, no se ha podido considerar este caso como vía igualmente satisfactoria. Por tanto, la causa debe conocerse en el proceso de amparo.

10. Ahora bien, necesario es anotar que este último criterio recogido en "Elgo Ríos" (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño), hasta ahora ha sido poco usado en la jurisprudencia de este Tribunal puede tener diversas interpretaciones. Sin embargo, tampoco es una cláusula abierta para justificar que cualquier caso deba conocerse en el proceso de amparo. No se puede negar que cualquier posible vulneración de un derecho fundamental es relevante, mas de ello no se desprende necesariamente la afirmación de que deba ser el amparo la mejor vía en todos los casos para otorgar la tutela requerida. En esa línea, el criterio de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño no puede asumir que cualquier vulneración es pasible de ser incluida aquí. Por el contrario, tendrá que hacerse referencia a algún tipo de graduación para acreditar esta especial urgencia.

11. Una opción, entre otras, para medir la magnitud del bien involucrado puede plantearse en torno a lo desarrollado para vislumbrar la fundamentalidad de la posición *prima facie* afectada en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, correspondiente a la aplicación del test de proporcionalidad. Así, se puede tener que una misma posición iusfundamental vulnerada o amenazada puede fundamentarse en varios principios constitucionales.¹
12. Esta múltiple vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales, en este caso por un mismo acto lesivo (el despido), se corrobora en el hecho que, en principio, no puede reclamarse solo la pertinencia de la libertad sindical como derecho que asistiría al demandante, sino también puede invocarse derechos como el derecho al trabajo y el derecho a la no discriminación.
13. Esta confluencia o consecuencia de derechos fundamentales respecto de la posición iusfundamental enjuiciada hace que, para efectos del análisis de procedencia, pueda acreditarse una urgencia por la magnitud del daño en los bienes involucrados. En consecuencia, la demanda supera el análisis de procedencia, al menos en lo que respecta a la aplicación del precedente "Elgo Ríos".

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Cuarta edición. 2014. pp. 971 y ss.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA

Con el debido respeto de los señores magistrados que suscriben la presente resolución, estimo que en el presente caso debe estimarse la demanda de amparo y ordenarse la reposición del trabajador demandante, porque se ha acreditado la vulneración del derecho al trabajo, la libertad sindical y el debido procedimiento. A continuación, sustento mi decisión:

1. La parte demandante, con fecha 11 de agosto de 2016, interpone demanda de amparo contra la Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú) a fin de que se declare la nulidad de la Carta de fecha 1 de agosto de 2016 y se deje sin efecto el despido arbitrario del cual ha sido objeto por tener la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 6, más el pago de los costos del proceso. Solicita que se disponga su reincorporación en el cargo de cobrador de peaje de la Estación de Peaje Ica-Villacuri y que se inaplique el artículo 34, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Decreto Supremo 003-97-TR.
2. Manifiesta haber realizado labores del 20 de setiembre de 2005 al 2 de agosto de 2016, como cobrador de peaje; no obstante ello, la entidad emplazada, sin que exista causa justa alguna derivada de su capacidad o conducta laboral, extinguió su vínculo laboral de manera unilateral y arbitraria. Refiere que tenía la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi, no obstante, mediante un acto de discriminación sindical, fue despedido con otros 15 afiliados. Afirma que con esta accionar se logró que el sindicato se quede con 18 afiliados, afectando la continuidad del sindicato pues conforme a la Ley de Relaciones Colectivas se requiere contar por lo menos con 20 trabajadores.
3. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al derecho al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso. Por último, agrega que el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 de Opecovi, en la actualidad, tiene en trámite dos procesos judiciales (Expedientes 22261-2013 y 22411-2013) sobre desnaturalización del contrato de locación de servicios de operación (tercerización) entre Coviperú y Opecovi.
4. El Juzgado Especializado Civil de Chincha, con fecha 1 de setiembre de 2016, declaró improcedente la demanda de amparo por estimar que la pretensión del demandante podría ser resuelta en la vía del proceso ordinario laboral, por constituir una vía igualmente satisfactoria, siendo aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

5. La Sala Superior revisora confirma la apelada por similar argumento, agregando que lo requerido por el accionante (reposición laboral) no puede ser dilucidado mediante el proceso de amparo, de conformidad con la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC.

Delimitación del petitorio

6. El demandante señala que, en su condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi, fue despedido sin causa justa por la demandada, motivo por el cual solicita su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando como cobrador de peaje de la Estación de Peaje Ica-Villacuri-Chincha, y la inaplicación del segundo párrafo del artículo 34 del Decreto supremo 003-97-TR, más el pago de los costos del proceso.
7. Alega que su despido responde a que mediante proceso judicial Expediente 22411-2013, (sobre desnaturalización de tercerización) se reconoció el vínculo laboral entre la Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú) y 31 trabajadores, dentro de los que se incluye al ahora accionante (representados por el Sindicato antes referido). Afirma que se vulneraron sus derechos constitucionales al derecho al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso.

Cuestión previa

8. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, conviene examinar el rechazo *in limine* dictado por las instancias judiciales precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, argumentándose por parte del juez de la causa que existe una vía procedimental, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho vulnerado, como es el proceso ordinario laboral.
9. Sobre el particular, debe recordarse que en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que la vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho, ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y, iv) que no existe necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

10. En el caso concreto existe la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho, pues, conforme se ha señalado en los antecedentes, se ha denunciado la presunta vulneración de la libertad sindical, del derecho al trabajo, del debido proceso y otros. Por tanto, el Tribunal Constitucional estima que, en la medida que el Estado garantiza la libertad sindical, reconocido en el artículo 28, inciso 1 de la Constitución, tanto en su dimensión plural como individual, el proceso de amparo es el idóneo para resolver la controversia.
11. Ello es así, por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática que hacen necesaria su protección. Sin esta protección no es posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades (reunión sindical, protección de los representantes sindicales, etc.) (fundamentos 12 y 14 de la sentencia 0206-2005-PA/TC).
12. Teniendo presente ello, este Tribunal considera que las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar (folio 554) y ordenarse que se admita a trámite la demanda, pues en el caso de autos la controversia se centra en determinar si se ha vulnerado el derecho de libertad sindical, pues el actor alega que fue despedido por su afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi.
13. No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, este Tribunal considera pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si la demandada ha sido notificada del concesorio del recurso de apelación (folios 643, revés), lo que implica que su derecho de defensa está absolutamente garantizado.

Análisis de la controversia

14. 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 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
15. Por su parte, el artículo 28 de la Constitución de 1993 señala: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1) Garantiza la libertad sindical (...)”.
16. En lo que concierne al desarrollo de esta última norma constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 0008-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de precisar los alcances de la libertad sindical, en armonía con los tratados



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC

ICA

HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

internacionales sobre la materia. Así, este derecho fundamental, definido como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, se manifiesta en dos planos: (i) la libertad sindical *intuitu personae*, que comprende, en su faceta positiva, el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos y, en su faceta negativa, el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical; (ii) la libertad sindical plural, la cual plantea tres aspectos: 1) ante el Estado (comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical); 2) *ante los empleadores (comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales)*; y 3) ante las otras organizaciones sindicales (comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.).

17. En el ámbito internacional y en el terreno laboral, el Convenio 98, sobre derecho de sindicación y la negociación colectiva, han previsto en sus textos preceptos que pretenden precisamente brindar protección a los trabajadores en el ejercicio de su derecho a la libertad sindical, protegiéndolos ante posibles actos de discriminación o actos que los perjudiquen por causa precisamente de tener afiliación sindical (sentencia emitida en el Expediente 8330-2006-PA/TC, fundamento jurídico 4).

18. De otro lado, en un pronunciamiento reciente, este Tribunal recordó:

Debe advertirse que, en armonía con la STC 03884-2010-PA/TC, fundamento 13, cuando se acusa una conducta lesiva del derecho a la sindicalización incumbe al empleador la carga de probar que su decisión obedeció a causas reales y que no constituyó un acto de discriminación por motivos sindicales. Para imponer la carga de la prueba al empleador, el demandante, antes, debe aportar un indicio razonable que indique que el acto lesivo se originó a consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales (Sentencia 3377-2013-PA/TC, fundamento 14).

19. En ese sentido, este Tribunal estima importante establecer los siguientes puntos, con la finalidad de dilucidar la controversia planteada:

- i) si la parte demandante mantenía o no, una relación a plazo indeterminado con Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú);
- ii) si don Hilton César Herrera Lévano tenía la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi al momento de su despido el 2 de agosto de 2016;
- iii) si el despido del accionante se llevó a cabo por su afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

20. Con relación al **punto i)** resulta importante señalar que, en el proceso ordinario laboral sobre incumplimiento de disposiciones y normas laborales (folios 218 a 240) (Expediente 22411-2013-0-1801-JR-LA-15), se resolvió declarar fundada en parte la demanda, en consecuencia, se declaró la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado entre los 31 trabajadores (folios 249 y 250), representados por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Apecovi S.A.C. con Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú), desde las fechas de ingreso correspondientes, debiendo la demandada registrar a la parte actora en su libro de planillas.

En efecto, en el fundamento jurídico 12 y en la parte resolutive de la sentencia de vista de fecha 27 de octubre de 2015 (folios 218 a 240) del proceso ordinario laboral, se señaló:

(...)

12. De lo anterior se colige que los trabajadores demandantes realizaron las labores que se mencionan como objeto de concesión, a la empresa principal, desarrollándose las actividades de operaciones en el lugar que le fue cedido por el Estado, es decir, las labores realizadas por los trabajadores forman parte de la actividad nuclear de la empresa COVIPERU y desarrolladas en el lugar donde se lleva a cabo la actividad principal, de la empresa COVIPERU, debiéndose concluirse, en virtud del *principio de la primacía de la realidad*, que dichas labores implican la ejecución permanente de la actividad principal de la co-demandada COVIPERU por lo que se ha desnaturalizado la figura de la tercerización.

(...)

1. REVOCAR la sentencia 207-2014, de fecha 15 de julio de 2014, obrantes de fojas 677 a 685, en el extremo que declara infundada la demanda, y REFORMÁNDOLA se declara FUNDADA en parte, la demanda; con costas y costos.
2. Declarar la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado entre LOS 31 TRABAJADORES QUE SON REPRESENTADOS POR EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA RED VIAL 6 APECOVI SAC con CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S.A. – COVIPERU desde las fechas de ingreso correspondientes, debiendo esta parte registrar al actor en su libro de planillas (...).

Mientras que el recurso de casación que interpuso la emplazada fue desestimado conforme se aprecia de la Casación Laboral 5659-2016-LIMA, de fecha 31 de octubre de 2017 (obrante a fojas 8 a 19 del cuaderno del Tribunal Constitucional).

21. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional advierte que, en instancia judicial, se ha acreditado que existía una relación laboral a plazo indeterminado entre la Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú SA) y los 31 trabajadores demandantes (Exp. 22411-2013), incluido don Hilton César Herrera Lévano (folios 249 y 250), representados por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi SAC.
22. Por ello, está acreditado que el accionante mantenía una relación laboral a plazo indeterminado con Concesionaria Vial Perú SA, conforme ha sido reconocido judicialmente mediante sentencia que adquirió la calidad de cosa juzgada. Por tanto, para el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC

ICA

HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

cese del actor correspondía respetarse el debido procedimiento de conformidad con el artículo 31 del Decreto Supremo 003-97-TR, lo cual no ha sucedido en el caso de autos, toda vez que se despidió al recurrente en virtud de la Carta de fecha 1 de agosto de 2016 (folio 3), en la que solo se precisa como argumento “(...) por motivos estrictamente empresariales Concesionaria Vial del Perú ha decidido finalizar la relación laboral que mantiene con usted (...)”. Por lo expuesto se concluye que la parte demandada vulneró los derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso del actor.

23. Con relación al **punto ii)** tenemos que a fojas 38 obra la constancia de afiliado expedido por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-OPECOVI SAC, del cual consta que el accionante se encuentra afiliado a su organización sindical desde el 25 de junio de 2016, lo cual se corrobora con el documento denominado “Convocatoria a Capacitación Extraordinaria”, obrantes a fojas 32. Asimismo, a fojas 3 de autos, se observa que el despido denunciado por el actor se llevó a cabo mediante Carta de fecha 1 de agosto de 2016 (folio 3). Se determina entonces que al momento del despido del accionante, este tenía la condición de afiliado del mencionado sindicato.
24. Respecto al **punto iii)** previamente debe indicarse que en el año 2013, el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi SAC interpuso demanda laboral sobre incumplimiento de disposiciones y normas laborales (desnaturalización de tercerización) contra las empresas Concesionaria Vial del Perú – COVIPERU y OPECOVI S.A.C., pues consideraban que los 31 trabajadores (entre los que se incluye al actor) representados por el referido sindicato en dicho proceso laboral ordinario no debían estar en las planillas de la empresa OPECOVI S.A.C. (empresa tercerizadora), sino en las de Coviperú (empresa principal) (folios 249 y 250).
25. Al respecto, si bien el representante de la demandada, en su escrito de fecha 26 de enero de 2017 (folio 694), se apersonó al proceso solicitando que se declare la improcedencia de la demanda, está corroborado que en esa fecha ya tenía conocimiento de lo resuelto en segunda instancia del proceso laboral (Expediente 22411-2013), conforme se ha indicado precedentemente; esto es, que ya se había declarado judicialmente la desnaturalización de los contratos de tercerización entre las empresas Coviperú y Opecovi SAC y que el actor –entre otros trabajadores– mantenía un vínculo laboral a plazo indeterminado con Coviperú.
26. En ese sentido, en el presente caso está probado que el accionante en junio de 2016, entró a formar parte (afiliado) del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 6 de Opecovi SAC, y también está acreditado que en instancia judicial obtuvo el reconocimiento de su vínculo laboral con Coviperú SA luego de lo cual esta última procedió a la extinción del vínculo laboral sin expresar justificación legítima como se verifica de la carta de fecha 2 de agosto de 2016 (folio 3).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

27. De lo actuado, se advierte entonces que el despido del actor responde a que este ejerció su derecho a la libertad sindical al afiliarse al sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi SAC. En consecuencia, el despido del actor deviene en nulo y violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad sindical.
28. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido nulo vulneratorio del derecho al trabajo y a la libertad sindical del actor, reconocido en el artículo 22 y 28 de la Constitución, por lo que la demanda debe ser estimada.

Efectos de la sentencia

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

Por lo expuesto, estimo que la presente demanda debe declararse **FUNDADA** porque se ha acreditado la vulneración de sus derechos al derecho al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso; en consecuencia, **NULA** la Carta de fecha 1 de agosto de 2016 y **NULO** el despido del cual ha sido objeto el accionante. **ORDENAR** que la empresa Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú) reponga a don Hilton César Herrera Lévano 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 las costas y costos procesales.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

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.

El auto en mayoría resuelve “Declarar **NULOS** los actuados desde fojas 554; en consecuencia, dispone admitir a trámite la demanda y correr traslado a la emplazada...”

En el presente caso creemos que ha existido un indebido rechazo liminar de la demanda por parte de las instancias inferiores. Sin embargo, luego de haberse efectuado la audiencia de vista de la causa solicitada por este Tribunal creemos que existen elementos suficientes para un pronunciamiento respecto a la pretensión demandada por tanto no corresponde ordenar su admisión a trámite.

El demandante solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del cual ha sido objeto por tener la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 6; y, en consecuencia, se disponga su reincorporación en el cargo de cobrador de peaje de la Estación de Peaje Ica-Villacuri. Sin embargo, en autos no ha quedado acreditado que la empresa demandada tenga un sindicato.

El auto en mayoría advierte lo siguiente, “en el proceso judicial interpuesto por el sindicato referido por desnaturalización de tercerización (Expediente 22411-2013-4-1801-JR-LA-15), mediante Sentencia de vista de fecha 27 de octubre de 2015 la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado de 31 trabajadores representados por el sindicato demandante con Concesionaria Vial del Perú S. A., entre los que se encuentra el recurrente (f. 218)” en el (fundamento 6).

No obstante, a pesar de haberse acreditado que al momento del despido del accionante el 1 de agosto de 2016(folio 3), este tenía la condición de afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi S.A.C la denominación y forma social de ambas empresas bastan para advertir que se trata de personas jurídicas diferentes (Red Vial 06 Opecovi S.A.C. y Concesionaria Vial del Perú S.A.- Coviperú). El demandante puede formar parte del sindicato de Red Vial 06 Opecovi S.A.C., pero no está acreditado que haya integrado el sindicato de la demandada Coviperú, quien señala además que no tiene sindicato, sin haber sido refutada en autos.

A mayor abundamiento, queda claro que estamos ante dos empresas distintas (por lo que no puede entenderse que hay un mismo sindicato) con la demanda laboral presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi S.A.C., donde se indica lo siguiente:

nuestros afiliados se encuentran en la planilla de la empresa OPECOVI S.A.C. cuando en realidad nuestros afiliados nombrados en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

esta demanda deben estar en la planilla de la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL PERU S.A. COVIPERU por ser realmente trabajador [sic] de la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL PERU S.A. COVIPERU [...].

Por lo expuesto, al no haberse acreditado en autos un despido nulo por violación de la libertad sindical, paso a exponer mi posición sobre la estabilidad laboral en la Constitución y el despido denominado arbitrario.

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 legislativo².

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 justa³.

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 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.

³ Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

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 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:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización ⁴.

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.

⁴ 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 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

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 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 urgente⁵.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo y no estamos ante un caso de despido nulo, conforme antes hemos demostrado líneas arriba. Por estas consideraciones, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

⁵ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto con fecha posterior, a fin de precisar el sentido de mi voto y expresar que coincido con el sentido de la ponencia presentada. Considero que corresponde **ADMITIR** a trámite la demanda.

Lima, 02 de noviembre de 2020

S.

RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con lo decidido en el auto 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 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

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.

Tampoco cambia las cosas el pretender justificar el cumplimiento de deberes estatales establecidos en el artículo 23 de la Constitución con interpretaciones de esta naturaleza. En la perspectiva constitucional, el Estado debe fomentar el empleo productivo.

Esta obligación no se suprime en una emergencia sanitaria. Las medidas para hacerle frente a una emergencia sanitaria deben ser idóneas, razonables y proporcionales. No puede suprimirse el derecho al trabajo de las personas si no es estrictamente necesario hacerlo.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA