



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 194/2021

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 2 de febrero de 2021, los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que resuelve declarar **FUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 02702-2018-PA/TC.

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

Los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron unos votos singulares.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto y que se entregará en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia 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 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de febrero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Ledesma Narváez y Blume Fortini conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera; y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Helbert Calsin Torres contra la resolución de fojas 276, de fecha 15 de junio de 2018, expedida por la Sala Civil de la Provincia de San Román-Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de agosto de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la E. P. S. Sedajuliaca SA. Solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario contenido en la Carta 089-2014-EPS SEDAJULIACA S.A./GA/DRH, de fecha 24 de julio de 2014, y se disponga su reincorporación con contrato a plazo indeterminado en el cargo de jefe de la División de Obras. Alega la vulneración de sus derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.

Manifiesta que laboró para la empresa demandada desde el 12 de enero de 2012 al 31 de julio de 2014, mediante contratos de trabajo sujeto a modalidad. Fue contratado como ingeniero de proyectos dependiente de la División de Proyectos, Catastro Técnico y Cooperación Internacional, no obstante, se desempeñó como jefe de la División de Proyectos. Agrega que las labores que realizó son de naturaleza permanente y las efectuó en forma personal y bajo subordinación de los funcionarios de la demandada, razón por la cual su relación se desnaturalizó y se convirtió en un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

El apoderado de la demandada contesta la demanda, señalando que el demandante no ha sido despedido de forma arbitraria, sino que se produjo la conclusión de su último contrato, de conformidad con lo dispuesto por el inciso “c” del artículo 16 del Decreto Supremo 003-97-TR. Además, se encontraba en calidad de personal de confianza, por lo que el cese de sus labores no vulnera derecho constitucional alguno.

El Segundo Juzgado Civil de San Román, Juliaca, de fecha 3 de diciembre de 2015, declaró fundada la demanda por estimar que el demandante no fue un trabajador de confianza y que, si bien el demandante habría laborado con cierto contacto con las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

gerencias de la empresa, no contribuyó a la formación de decisiones empresariales. Precisa que el jefe de División de Obras no se inmiscuye en actos de dirección de la empresa, como si le correspondiera al gerente de ingeniería. Asimismo, de los contratos sujetos a modalidad se advierte que la demandada contrató en varias oportunidades al demandante sin establecer una causa determinante de su contratación, por lo que se produjo el uso simulado de dicha forma de contratación modal y en aplicación del artículo 4 y 77, inciso “d” de Decreto Supremo 003-97-TR, se concluye que la relación laboral existente entre las partes se desnaturalizó.

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró infundada la demanda por considerar que el cargo de jefe de División de Obras tiene una relación laboral especial con el personal directivo de la entidad demostrando que existe una confianza depositada en el actor por parte del empleador, razón por la cual, habiéndose determinado que el cargo que ocupaba en la institución demandada es uno de confianza, se debe tener en cuenta que la conclusión de la relación laboral obedeció al retiro de la confianza, situación especial que extingue el contrato de trabajo.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y consideraciones previas

1. La presente demanda tiene por objeto que se deje sin efecto el despido arbitrario contenido en la Carta 089-2014-EPS SEDA JULIACA S.A./GA/DRH, de fecha 24 de julio de 2014, y se disponga su reincorporación con contrato a plazo indeterminado en el cargo de jefe de la División de Obras. Alega la vulneración de sus derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.
2. De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado.

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 (14 de agosto de 2014), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Puno, 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

Análisis del caso

4. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”, mientras que su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
5. El segundo párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú señala que “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.
6. Al respecto, el artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR establece los requisitos formales de validez de los contratos modales, estableciendo que estos “necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral”.
7. Por su parte, el artículo 77 del decreto precitado establece que “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: [...] d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”.
8. De los contratos de trabajo sujeto a modalidad (folios 3 a 10) se observa que el demandante fue contratado como ingeniero de proyectos dependiente de la División de Proyectos, Catastro Técnico y Cooperación Internacional e ingeniero residente, desde el 12 de enero de 2012 hasta el 31 de julio de 2014, por lo que corresponde analizarlos.
9. De fojas 3 a 9, obran los contratos individuales de trabajo sujetos a modalidad, en cuya segunda cláusula se precisa lo siguiente:

“LA EMPRESA con la finalidad de brindar una oportuna atención a las diferentes actividades en el servicio que presta requiere contratar los servicios del contratado [...]” y “[...] para atender las necesidades temporales de LA EMPRESA, señaladas en la cláusula primera, las partes celebran el presente contrato, por el cual EL CONTRATADO se obliga a prestar servicios específicos [...]”.
10. Del examen de las citadas cláusulas, debe concluirse que la parte emplazada no ha cumplido con su obligación de precisar la causa objetiva que justifique la contratación a plazo determinado del demandante.
11. En consecuencia, al no haberse especificado la causa objetiva determinante de la contratación temporal, debe considerarse que el contrato de trabajo se desnaturalizó



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, en aplicación del supuesto previsto en el inciso “d” de artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, debiendo ser considerado, entonces, como un contrato de trabajado a plazo indeterminado.

12. Sin embargo, la empresa demandada ha alegado que el recurrente no fue despedido, sino que su cese responde al retiro de la confianza (folio 119). Ante ello, corresponde dilucidar si el cargo de jefe de la División de Obras constituye un puesto de confianza y, por tanto, determinar si el demandante tuvo o no estabilidad laboral.
13. 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.
14. Al respecto, este Tribunal debe precisar que, si bien la emplazada aduce que el actor era un trabajador de confianza, en la sentencia emitida en el Expediente 0575-2011-PA/TC, se ha establecido lo siguiente: “[...] 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 un trabajador es de confianza, se deberá analizar el presente caso en función a lo dispuesto en las sentencias emitidas en los Expedientes 03501-2016-PA/TC y 0575-2011-PA/TC.
15. De los contratos por servicio específico de fojas 3 a 10 se observa que el demandante fue contratado, como ingeniero de proyectos dependiente de la División de Proyectos, Catastro Técnico y Cooperación Internacional e ingeniero residente, desde el 12 de enero de 2012 hasta el 31 de julio de 2014, no obstante de las boletas de pago (folios 11 a 19), de los memorandos (folios 20 a 22) y de lo manifestado por el propio demandante (folio 105), se advierte que se desempeñó como jefe (e) de la División de Proyectos de Obra, lo cual no ha sido contradicho por la empresa demandada.
16. Del Manual de Organización y Funciones (MOF) de la empresa demandada, de fojas 61, se advierte que el jefe de la División de Obras cumple las funciones básicas y específicas que se indican a continuación:

II. FUNCIÓN BÁSICA

Planificar, dirigir y supervisar la ejecución de obras por la empresa, tanto por administración directa como por terceros, en base al Reglamento Nacional de Edificaciones [...]”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

III. FUNCIONES ESPECÍFICAS

- 1.- Supervisar el cumplimiento de las normas y especificaciones técnicas en las obra.
 - 2.- Ejecutar la programación y control de las obras.
 - 3.- Controlar los presupuestos y especificaciones de materiales y servicios.
 - 4.- Analizar los documentos de los procesos de licitaciones públicas.
 - 5.- Verificar la documentación legal, el contrato las especificaciones y cronogramas, precios unitarios y presupuestos de los procesos de contrataciones de obras.
 - 6.- Efectuar la liquidación de las obras ejecutadas.
 - 7.- Efectuar la recepción parcial y/o definitiva de las obras.
 - 8.- Las demás funciones que le asigne el Gerente de Ingeniería.
17. En consecuencia, por las funciones que el demandante desempeñaba como jefe de la División de Proyectos de Obra, este no puede ser considerado como cargo de confianza, ya que no se aprecia el acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Tampoco se advierte que el demandante haya contribuido a la formación de decisiones empresariales. Siendo ello así, se procederá a analizar si, en el presente caso, el demandante fue despedido de forma arbitraria como sostiene.
18. Habiéndose determinado que, al momento de su despido, el actor no era un trabajador de confianza, la entidad demandada no podía dar por concluida la relación laboral argumentando que este desempeñaba un cargo de confianza. El demandante mantenía una relación laboral de duración indeterminada con la demandada, por lo que solamente podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, razón por la cual ha sido objeto de un despido arbitrario.
19. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido incausado, violatorio de los derechos constitucionales al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso del demandante, reconocidos en los artículos 22 y 27 de la Constitución.

Efectos de la sentencia

20. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la emplazada 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

21. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la afectación del derecho al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso, en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto el demandante.
2. **ORDENAR** que E. P. S. Sedajuliaca SA, reponga a don Helbert Calsin Torres como trabajador en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

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

S.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estimo que la demanda de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, pues en la medida que la recurrente no ingresó a laborar mediante un concurso público de méritos no corresponde disponerse su inmediata reincorporación, sino más bien que debe reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que se solicite la indemnización que corresponda. Mis razones son las siguientes:

1. En principio, no coincido con la forma de interpretación aislada de las disposiciones constitucionales. Conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el principio de unidad de la Constitución establece que “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo` armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (Exp. 05854-2005-PA/TC FJ 12).
2. Si bien el artículo 40 de la Constitución establece que “(...) No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado (...)”, de ningún modo debe interpretarse aisladamente, como si no existieran otras disposiciones constitucionales que puedan coadyuvar en la respectiva interpretación final de dicho extremo. Asumir una interpretación aislada nos podría indicar que las empresas del Estado, son empresas, cien por ciento idénticas a las empresas privadas, y esa interpretación y desnaturaliza el mandato normativo de la Constitución. Si esa fuera la interpretación entonces la Contraloría General de la República no podría controlarlas, el Sistema Nacional de Presupuesto no podría limitarlas o el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad del Estado (FONAFE) no podría normar o dirigir dicha actividad empresarial. Las empresas del Estado, por ser del Estado están al servicio de la Nación y no de intereses privados. ¿Tienen límites? Claro que los tienen. No son, ni deben ser, un sector privilegiado respecto de las obligaciones, exigencias y control del Estado.
3. Así por ejemplo, el artículo 39 de la Constitución establece que “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...)”. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución dispone que “Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Esta norma constitucional ha sido recogida a nivel legal por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, conforme al cual

La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

se impida el acceso de la inversión privada.

Las Empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil.

Además, dicho decreto legislativo señala, en su artículo 4, que las empresas del Estado pueden ser de accionariado único, con accionariado privado y con Potestades Públicas.

4. Ahora bien, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley 27785, que regula el control gubernamental para prevenir y verificar la "... correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación", en su artículo 3 dispone que sus normas son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen, encontrándose entre ellas las empresas pertenecientes a los gobiernos locales y regionales e instituciones (literal b) y las Empresas del estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos u bienes materia de dicha participación" (literal f).
5. A ello debe agregarse que las empresas del Estado también se encuentran comprendidas dentro de la normativa que regula el presupuesto público. En efecto, el artículo 2, numerales 2, 5 y 6, del TUO de la Ley 28411 - Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, actualmente derogada, señalaba que su ámbito de aplicación comprende a todas las entidades públicas, entre ellas las Empresas de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, así como las empresas del FONAFE y otras entidades no públicas no mencionadas en los numerales precedentes; además, en su artículo 5 establece que "Constituye Entidad Pública ...todo organismo con personería jurídica comprendidos en los niveles de Gobierno Regional y Gobierno Local, incluidos sus respectivos Organismos Públicos Descentralizados y empresas en las que el Estado ejerza el control accionario...".

Tales disposiciones han sido recogidas en el artículo 3, numeral 3.1, inciso 8 y artículo 6, respectivamente, del Decreto Legislativo 1440 – Decreto Legislativo del Sistema Nacional del Presupuesto Público, vigente desde el 1 de enero de 2019.

6. Lo expuesto en los fundamentos precedentes me llevan a considerar que dada la naturaleza de las empresas del Estado, las que incluso han sido tratadas como entidades públicas por diversa normas, las personas que prestan servicios en ellas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

son trabajadores públicos, aun cuando no hagan carrera administrativa, conclusión que encuentra respaldo incluso en el artículo 1 de la Convención Americana Contra la Corrupción, conforme al cual tiene dicha condición “(...) cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos (...)”.

7. Ello, sin duda exige que el acceso a puestos de trabajo con vínculo laboral indeterminado en las empresas del Estado debe efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos a través de concurso público abierto, a fin de garantizar el ingreso de colaboradores idóneos y capacitados que no sólo coadyuven de manera efectiva, eficiente y con calidad en el desarrollo de las actividades propias de esas empresas, que por mandato constitucional fueron creadas por razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, sino que también garanticen la cautela de los esos intereses, tanto más cuanto para la realización de actividades empresariales el Estado destina fondos del erario público.
8. En el presente caso la demandante solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que habría sido objeto y que, por consiguiente, se le reincorpore en el cargo de Asistente de Sistemas del Banco de la Nación. Empero, de los documentos obrantes en el presente caso, se observa que el contrato civil de locación de servicios no personales se desnaturalizó porque se evidencia la existencia de los rasgos sintomáticos de un vínculo laboral indeterminado, es decir, la realización de servicios personales, la percepción de una remuneración fija y continua, y la subordinación y dependencia en el desarrollo de sus funciones; sin embargo, no constando de autos que el recurrente hubiere ingresado a laborar por concurso público de méritos, a mi consideración no cabe disponerse su inmediata reincorporación, sino que debe reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que el recurrente solicite la de indemnización que corresponda.

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda y proceder conforme a lo dispuesto en el fundamento 8 *supra*.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

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).

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

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 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

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 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 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02702-2018-PA/TC
PUNO
HELBERT CALSIN TORRES

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