



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de febrero de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Interno del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Herich Elías Lizano Suárez contra la resolución de fojas 605, de fecha 8 de junio de 2017, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de febrero de 2011, Herich Elías Lizano Suárez interpone demanda de amparo contra las empresas Telefónica del Perú SAA, Telefónica Servicios Comerciales SAC, Telefónica Gestión Servicios Compartidos Perú SAC y Teateento del Perú SAC. Solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue víctima y que, en consecuencia, se ordene su reposición en el cargo de técnico de detección de fraude de Telefónica del Perú SAA o en la empresa Telefónica Gestión Servicios Compartidos SAC, con el pago de costas y costos del proceso.

Refiere que laboró para las demandadas durante 6 años y un mes, esto es, desde el 5 de julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010, mediante contratos sujetos a modalidad por incremento de actividades, los que se desnaturalizaron por haberse suscrito fraudulentamente. Precisa que laboró en Teateento del Perú SAC desde el 5 de julio de 2004 hasta el 3 de junio de 2007; en Telefónica Servicios Comerciales SAC desde agosto de 2007 hasta octubre de 2009; y en Telefónica Gestión Servicios Compartidos Perú SAC desde abril hasta el 31 de diciembre de 2010.

Agrega que las empresas en las que laboró en realidad son filiales de Telefónica del Perú SAA y que fraudulentamente fue trasladado a varias de estas empresas con la finalidad de incumplir sus obligaciones laborales y evitar que el actor superara el plazo máximo de contratación para esta modalidad contractual.

Telefónica del Perú SAA propuso la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva y contestó la demanda señalando que para resolver la controversia se requiere de la actuación de medios probatorios, etapa de la que carece el proceso de amparo, pues no obra en el expediente documento alguno que sirva para acreditar la existencia de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

fraude o simulación en la contratación del actor. Afirma que, si bien las empresas codemandadas forman parte del Grupo Telefónica, estas tienen independencia económica y financiera, por lo que no existe “confusión patrimonial” ni “confusión de trabajadores”, además que no fueron creadas para eludir sus obligaciones laborales.

Teleatento del Perú SAC formuló las excepciones de prescripción y de incompetencia por razón de la materia y contestó la demanda señalando que para resolver la controversia existe una vía procesal igualmente satisfactoria y que, además, no se ha producido un despido arbitrario, sino que el actor renunció voluntariamente a Teleatento en el año 2007.

Telefónica Gestión de Servicios Compartidos Perú SAC propuso las excepciones de incompetencia por razón de la materia y de falta de legitimidad para obrar pasiva, y contestó la demanda señalando que el actor laboró desde el 1 de abril hasta el 31 de diciembre de 2010 mediante un contrato modal de trabajo por incremento de actividades. Preciso que, si bien su empresa forma parte del grupo empresarial de Telefónica del Perú SAA, es una empresa distinta, pues no existe vinculación administrativa, económica, organizativa o de otra índole. Finalizó señalando que el actor no fue despedido, sino que cuando venció el plazo fijado en su contrato se extinguió la relación laboral.

Telefónica Servicios Comerciales SAC contestó la demanda señalando que para resolver la controversia debe recurrirse a otra vía procesal y que el actor no fue despedido, sino que, cuando venció su contrato modal en el año 2009, se extinguió la relación laboral.

El Octavo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 6 de noviembre de 2012, declaró fundada la excepción de falta de legitimidad pasiva de Telefónica del Perú SAA y ordenó su extromisión del proceso; declaró infundadas las excepciones de falta de legitimidad pasiva, de prescripción y de incompetencia por razón de la materia presentados por los otros demandados.

El Primer Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 10 de agosto de 2015, declaró improcedente la demanda por considerar que para resolver la controversia se requiere de etapa probatoria, pues los medios probatorios que obran en autos son insuficientes para ello.

Mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2017, Telefónica del Perú SAA solicitó su incorporación al proceso como sucesor procesal de Telefónica Servicios Comerciales SAC, aduciendo que Telefónica Móviles SA se fusionó por absorción con Telefónica Servicios Comerciales SAC (empresa absorbida) el 1 de agosto de 2014.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

Posteriormente se acordó la fusión por absorción entre Telefónica del Perú SAA y Telefónica Móviles SA (empresa absorbida) desde el 1 de octubre de 2014. La solicitud fue aprobada mediante resolución de fojas 587.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó el auto apelado en el extremo que declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva de Telefónica del Perú SAA y reformándola la declaró improcedente, y confirmó esta resolución en los extremos en los que declaró infundadas las excepciones de incompetencia y otra. Asimismo, confirmó la sentencia que declara improcedente la demanda.

FUNDAMENTOS

Definición del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición del demandante en el cargo de técnico de detección de fraude en la Telefónica del Perú SAA o en la empresa Telefónica Gestión Servicios Compartidos SAC, con el pago de costas y costos del proceso, por haber sido objeto de despido arbitrario. Alega que su contrato de trabajo por incremento de actividades se desnaturalizó por haberse suscrito vulnerando el artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, por lo que, habiéndose dado por extinguida su relación laboral sin expresión de una causa justa, se vulneró su derecho constitucional al trabajo. Refiere también que las empresas demandadas en realidad conforman el grupo empresarial de Telefónica del Perú SAA.

Consideraciones previas

2. Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Lima y que la demanda fue presentada el 11 de febrero de 2011, esto es, antes que la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, fuera implementada en este distrito judicial. Entonces, en la medida en que la demanda se interpuso antes de que existiera una vía procesal idónea para proteger el derecho constitucional al trabajo, de conformidad con lo establecido en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional de amparo es la vía idónea para resolver la controversia.
3. De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido arbitrario.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

Análisis de la controversia

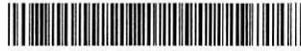
4. Conforme el artículo 22 de la Constitución: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; mientras que su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
5. A efectos de analizar la controversia, es necesario precisar el tiempo en el que el actor laboró para las demandadas. Al respecto, el propio señaló en la demanda que laboró para Teleatento del Perú SAC desde el 5 de julio de 2004 hasta el 3 de junio de 2007; en Telefónica Servicios Comerciales SAC desde agosto de 2007 hasta octubre de 2009; y en Telefónica Gestión Servicios Compartidos Perú SAC desde el 1 de abril hasta el 31 de diciembre de 2010 (folio 37); esto es, laboró de manera ininterrumpida.
6. En consecuencia, este Tribunal solo analizará el último periodo en el que el actor laboró de manera ininterrumpida, es decir, desde el 1 de abril hasta el 31 de diciembre de 2010, para la empresa Telefónica Gestión Servicios Compartidos Perú SAC, mediante contratos modales por incremento de actividades.
7. Así las cosas, deben señalarse dos apreciaciones: primero, carece de asidero las alegaciones del actor consistentes en que era fraudulentamente trasladado de las empresas Teleatento a Telefónica Servicios Comerciales SAC y Telefónica Gestión Servicios Compartidos Perú SAC, pues, como se señaló en los fundamentos 5 y 6 *supra*, se produjo la ruptura del vínculo laboral en los dos primeros periodos laborados, pues en el último periodo solo prestó servicios ininterrumpidos para Telefónica Gestión Servicios Compartidos Perú SAC.

Segundo, conforme se señaló en los antecedentes, Telefónica Servicios Comerciales SAC fue absorbida por Telefónica Móviles SA y luego esta, a su vez, se fusionó por absorción con Telefónica del Perú SAA (empresa absorbente). Siendo ello así y conforme a las alegaciones hechas por las propias empresas demandadas, estas empresas forman parte del mismo grupo empresarial. Respecto a esta última afirmación, es menester citar, a modo de ejemplo, a las resoluciones recaídas en los Expedientes 04467-2013-PA/TC y 00636-2013-PA/TC, en las cuales se señaló que la empresa Telefónica Móviles SA formaba parte del grupo empresarial de Telefónica del Perú SAA.

8. Ahora bien, la pretensión de la parte demandante se dirige a impugnar el despido y, como consecuencia de ello, que este Tribunal ordene su reposición en la “empresa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

Telefónica del Perú SAA o en Telefónica Gestión Servicios Compartidos Perú SAC". Para ello, es necesario determinar primero si el contrato de trabajo por incremento de actividades se desnaturalizó o no en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, por haberse vulnerado el artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR. Si ello fuera así, el actor solo podía ser despedido por una causa relativa a su capacidad o conducta laboral.

9. El artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, establece lo siguiente:

“El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años. Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.

10. El artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR prescribe que los contratos modales se desnaturalizan y se convierten en indeterminados en los siguientes supuestos, entre otros: “d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”.

11. En la cláusula primera del contrato por incremento de actividad con vigencia desde el 1 de abril hasta el 30 de junio de 2010, así como en su renovación, se señala lo siguiente:

[...]

Como parte de su proceso de expansión y posicionamiento en el mercado nacional y regional, LA EMPRESA, a través de su Dirección de Seguridad y Protección, viene brindando servicios integrales de planificación, organización y supervisión permanente de actividades de seguridad para la protección de los recursos del cliente, línea de negocio que ha ampliado sus operaciones debido a la reciente prestación temporal del servicio denominado ANÁLISIS DE APOYO AL FRAUDE a favor del cliente Telefónica del Perú SAA, que consiste en atención de alertas del proceso de detección de fraude (monitoreo) y la validación de expedientes de clientes de OTF, el mismo que constituye un servicio variable de la EMPRESA. Por ello, a fin de atender el incremento de actividades descrito, LA EMPRESA requiere contratar en forma temporal los servicios temporales del TRABAJADOR.

En tanto que en la cláusula segunda se precisa que el actor laborará en la modalidad de incremento de actividades bajo los alcances del artículo 57 del Decreto Supremo 003-97-TR en el cargo de Técnico realizando labores relacionadas con el objeto del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

contrato (folios 23 a 25).

12. Como puede verse, se ha cumplido con justificar la causa objetiva determinante de la contratación modal. Razón por la cual debe concluirse que no se produjo un despido arbitrario, sino que cuando venció el plazo del contrato, esto es, el 31 de diciembre de 2010, la relación laboral se extinguió automáticamente, de conformidad con el artículo 16, inciso "c", del TUO del Decreto Legislativo 728.
13. Por lo expuesto, este Tribunal debe desestimar la demanda al no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados por la parte demandante.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04272-2017-PA/TC
LIMA
HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

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

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

“Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Lima y que la demanda fue presentada el 11 de febrero de 2011, esto es, antes que la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, fuera implementada en este distrito judicial. Entonces, en la medida en que la demanda se interpuso antes de que existiera una vía procesal idónea para proteger el derecho constitucional al trabajo, de conformidad con lo establecido en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional de amparo es la vía idónea para resolver la controversia”.

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04272-2017-PA/TC
LIMA
HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.
3. En el presente caso, el recurrente interpuso su demanda el 11 de febrero de 2011. Esto es, hace más de 8 años y 1 mes, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 18 de octubre de 2017 (hace más de un año y nueve meses), por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA
BARRERA**

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas por las razones que a continuación expongo:

1. En primer lugar, no considero que, para la resolución de la presente controversia, solo corresponda examinar el último periodo en el que el recurrente laboró de manera ininterrumpida, conforme lo hace la ponencia.
2. Por el contrario, deben analizarse todos los contratos que suscribió el recurrente con las empresas pertenecientes al grupo Telefónica del Perú SAA. Ello toda vez que es fundamental establecer si los contratos señalados, pueden ser considerados de duración determinada; o si, por el contrario, concurre la causal establecida en el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR. Y es que, en atención al principio de primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.
3. En esa línea, dada la naturaleza de los contratos suscritos, y conforme a lo señalado en el artículo 58 del Decreto Supremo 003-97-TR, se tiene que en los mismos, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal. De esta forma, como ha sido señalado en reiterada jurisprudencia de este Tribunal, en dicho contrato deberá señalarse, de forma clara y precisa, la actividad de la empresa que ha sido incrementada y que justifique la contratación modal.
4. Así, de la revisión del expediente, se observa lo siguiente:
 - a) En la cláusula primera del contrato de trabajo por incremento de actividad, suscrito entre el demandante y la empresa Teleatento del Perú SAC, se estableció lo siguiente:

“TELEATENTO DEL PERÚ S.A.C. es una Empresa privada cuyo objeto social es la prestación del servicio de información y atención, consultoría, investigación, administración y manejo de datos, marketing, televisión, telemarketing, formación y otros distintos a los servicios de telecomunicaciones de valor añadido a clientes y/o consumidores y usuarios actuales y particulares de sus clientes y requiere cubrir temporalmente las necesidades de personal generado por el incremento de las actividades que desarrolla la empresa, en la cual se viene desarrollando una serie de nuevos proyectos que son implementados para la mejora del servicio, los mismos que no pueden ser atendidos en forma suficiente por el personal permanente con el que **LA EMPRESA** cuenta a la fecha.”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

- b) De otro lado, en la cláusula primera del contrato de trabajo por incremento de actividad, suscrito entre el demandante y la empresa Telefónica Servicios Comerciales SAC, con fecha 01 de diciembre de 2007, se estableció lo siguiente:

“**LA EMPRESA** es una compañía privada cuyo objeto social es dedicarse directa o indirectamente a la comercialización de toda clase de bienes, estén o no vinculados con las telecomunicaciones y requiere contratar en forma temporal los servicios de personal a fin de atender el incremento de sus actividades producido como consecuencia de Atención personalizada de los nuevos negocios de venta en los que TSC está incursionando, y que no pueden ser atendidos en su totalidad con el personal actual.

Las partes dejan constancia en consecuencia que la contratación en forma temporal del personal que requiere **LA EMPRESA** tiene por objeto exclusivamente la atención de las necesidades derivadas del incremento de sus actividades por las razones expuestas en el primer párrafo de la cláusula primera, para lo cual **LA EMPRESA** requiere contratar trabajadores que se encarguen en forma paulatina y progresiva de la ejecución de las distintas labores que genera el referido incremento de actividades del negocio.”

- c) Finalmente, en la cláusula primera del contrato de trabajo por incremento de actividad, suscrito entre el demandante y la empresa Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC, con fecha 01 de abril de 2010, se estableció lo siguiente:

“**TELEFÓNICA GESTIÓN DE SERVICIOS COMPARTIDOS PERÚ S.A.C.** es una empresa privada cuyo objeto social es la prestación de servicios de gestión, administración, asesoramiento y consultoría en materia de facturación, contabilidad, impuestos, tesorería, finanzas, seguros, recursos humanos, gestión inmobiliaria, procesos de contratación, seguridad, logística, distribución, tecnología, sistemas de información y servicios generales.

Como parte de su proceso de expansión y posicionamiento en el mercado nacional y regional, **LA EMPRESA**, a través de su **Dirección de Seguridad y Protección**, viene brindando servicios integrales de planificación, organización y supervisión permanente de actividades de seguridad para la protección de los recursos del cliente, línea de negocio que ha ampliado sus operaciones debido a la reciente prestación temporal del servicio denominado **ANÁLISIS DE APOYO AL FRAUDE** a favor del cliente **Telefónica del Perú S.A.A.**, que consiste en atención de alertas del proceso de detección de fraude (monitoreo) y la validación de expedientes de clientes de OTF, el mismo que constituye un servicios variable de **LA EMPRESA**. Por ello, a fin de atender el incremento de actividades descrito, **LA EMPRESA** requiere contratar en forma temporal los servicios personales de **EL (LA) TRABAJADOR (A)**”

5. De las cláusulas citadas, se aprecia que tanto en el contrato señalado en el acápite a) como en lo señalado en el acápite b), la aparente causa objetiva es imprecisa, toda vez que señala de manera vaga que la contratación se debe a que la empresa “viene desarrollando una serie de nuevos proyectos” y “nuevos negocios de venta”. No se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

precisa en algún momento información relevante que permita colegir que, en efecto, existió una causa objetiva que justifique una contratación de duración determinada.

6. Si bien se tiene que el contrato señalado en el acápite c), sí cumple con precisar de forma clara la causa objetiva determinante de la contratación modal, dado que los tres contratos citados corresponden a empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, es necesario examinar si lo último es suficiente para descartar la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en el Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR.
7. En ese sentido, y como se ha señalado, los contratos suscritos por el recurrente con las empresas Teleatento del Perú SAC y Telefónica Servicios Comerciales SAC, no cumplen con establecer de manera clara y precisa la causa objetiva, por lo que vulneran lo establecido en la normas dadas en el Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR. En esa línea se expresa el Tribunal cuando afirma que:

“(…) el incremento de la actividad empresarial, en primer lugar, debe ser coyuntural; es decir, extraordinario y, en segundo lugar, imprevisible. Por ello, en el contrato de trabajo por necesidades del mercado se debe especificar la causa objetiva que justifique dicha contratación temporal, así como los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y la necesidad de la empresa para contratar personal bajo dicha modalidad contractual laboral.”¹

8. Al respecto, considero importante dejar sentado, en línea con alguna doctrina existente al respecto, que el Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, originó -como resultado de la falta de control estatal- que no sólo se intentara, sino que se haga efectivo el encubrimiento de contratos de trabajo a plazo indeterminado bajo la forma de contratos de naturaleza temporal. Ello, en razón de que, con la eliminación de la aprobación previa por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo e instauración de la aprobación automática, resultaba sumamente fácil, hacer pasar contratos a plazo indeterminado como unos de trabajo sujetos a modalidad.²
9. Frente a ello, resulta de gran importancia que se tome en cuenta no sólo el último contrato suscrito, por el demandante, con Telefónica Gestión de Servicios Compartidos Perú SAC; sino también aquellos que fueron suscritos entre el demandante y las empresas Teleatento del Perú SAC y Telefónica Servicios

¹ Exp. 01998-2013-PA/TC, fundamento 3.3.6.

² Cfr. DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, Orlando. “La Incorrecta utilización de los Contratos Temporales de Trabajo”. En: Revista Derecho & Sociedad, Lima, 2011, pp. 8.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELÍAS LIZANO SUÁREZ

Comerciales SAC por los fundamentos ya señalados, evitándose que se pretenda “hacer pasar relaciones a las que hubiera correspondido contratos de trabajo a plazo indeterminado, bajo la forma de contratos de trabajo temporales.”³

10. Estando así a los hechos, y dado que los contratos a los que se ha hecho referencia, fueron suscritos por empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, se aprecia una misma práctica nociva: únicamente en el último contrato suscrito se cumple con señalar la causa objetiva de forma clara y precisa, con el objetivo de prevenir que se evidencie una desnaturalización del vínculo contractual. Asimismo, dicha práctica no tiene otra finalidad que la de esconder un vínculo laboral existente con el grupo empresarial, bajo la modalidad de la suscripción de una serie de contratos con empresas pertenecientes al mismo grupo, en las que solamente el último contrato suscrito cumple con las normas dadas en el Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, evitando así el grupo empresarial, que se demuestre que la verdadera naturaleza de los contratos suscritos no es la modal, sino que, por el contrario, se está ante un contrato de plazo indeterminado.
11. Finalmente, se puede afirmar que ha existido una desnaturalización de los contratos suscritos entre el demandado y las empresas Teleatento del Perú SAC y Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAC, por lo que se verifica que entre las partes existió una relación laboral de naturaleza indeterminada. En consecuencia, el demandante solo podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, por lo que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en el vencimiento del plazo del contrato, tiene el carácter de un despido arbitrario, lesivo del derecho al trabajo, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.

Por las razones expuestas, considero que debe declararse **FUNDADA** la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho de trabajo; en consecuencia **NULO** el despido arbitrario del demandante. Asimismo, se debe **ORDENAR** a Telefónica del Perú SAA que reponga a don Herich Elías Lizano Suárez como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

³ Ibidem.

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELIAS LIZANO SUAREZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELIAS LIZANO SUAREZ

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

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

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELIAS LIZANO SUAREZ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04272-2017-PA/TC

LIMA

HERICH ELIAS LIZANO SUAREZ

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.

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL