



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de marzo 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 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 Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Willy Nelson Picón Gamarra contra la resolución de fojas 1108, de fecha 28 de agosto de 2017, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de agosto de 2016, y modificada el 21 de setiembre de 2016, la recurrente interpuso demanda de amparo contra Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperu) a fin de que se declare la nulidad de la carta de fecha 15 de setiembre de 2016, se deje sin efecto el despido 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 Chilca. 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.

Manifiesta haber realizado labores desde el 1 de diciembre de 2008 hasta la fecha de su despido 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, si bien su demanda se inició como una amenaza cierta e inminente de despido, esta se materializó en sucesivas etapas, como es, con la carta de fecha 5 de setiembre de 2016, que dispuso la suspensión de su contrato de trabajo desde la fecha indicada hasta el 15 de setiembre de 2016 y, posteriormente, su despido, conjuntamente con otros afiliados por tener la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi, con la finalidad de promover la desafiliación de los trabajadores,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

evidenciándose un acto de discriminación sindical, pues los 25 trabajadores afiliados que, mediante sentencia judicial (Expediente 22261-2013), obtuvieron su inclusión en la planilla de la demandada fueron despedidos, afectando con ello gravemente la continuidad del sindicato y su derecho a la libertad sindical.

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 tiene en trámite dos procesos judiciales en la actualidad (Expedientes 22261-2013 y 22411-2013) sobre desnaturalización del contrato de locación de servicios de operación (tercerización) entre Coviperu y Opecovi.

El Juzgado Mixto Permanente de Chilca, con fecha 1 de febrero de 2017, 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.

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, más aun si en autos no se aprecia un acto lesivo que produzca o vaya a producir un daño irreparable, ni la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho en cuestión.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. 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 Chilca, y la inaplicación del segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR, más el pago de los costos del proceso.
2. Alega que su despido se produjo como represalia por su afiliación sindical y porque, mediante un proceso judicial (Expediente 22261-2013, sobre desnaturalización de tercerización), se reconoció el vínculo laboral entre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

Concesionaria Vial del Perú (Coviperu) y 25 trabajadores, dentro de los que se incluye al ahora accionante (representados judicialmente 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.

Cuestiones previas

3. 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.
4. Sobre el particular, debe recordarse que, en reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha establecido de que el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger, entre otras cosas, el derecho de libertad sindical.
5. 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 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 al haberse despedido a el actor por su afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi.
6. 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 815, revés), lo que implica que su derecho de defensa está absolutamente garantizado.

Procedencia de la demanda

7. Cabe mencionar que a la fecha de interposición de la presente demanda (26 de agosto de 2016), ya se encontraba en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Cañete, por lo que en el referido distrito judicial se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos).

8. Sin embargo, atendiendo a que en el caso de autos se pone de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida, al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria, dado que el accionante al momento del despido tenía la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi, este Tribunal estima que el proceso de amparo resulta ser la vía idónea para determinar si Concesionaria Vial del Perú (Coviperu) vulneró o no los derechos constitucionales alegados por el recurrente.

Análisis de la controversia

9. 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 de la Carta Magna señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
10. 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 [...]”.
11. 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 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, que 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.).
12. En el ámbito internacional y en el terreno laboral, el Convenio de la OIT 151, sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, suscrito y ratificado por el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

Perú; y el Convenio 98, sobre el 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).

13. De forma complementaria, conviene traer a colación lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT con relación a la libertad sindical:

Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo —tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales— y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato. El Comité ha estimado que tal garantía, en el caso de dirigentes sindicales, es también necesaria para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores han de contar con el derecho de escoger a sus representantes con plena libertad [*La libertad sindical*. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición (revisada) 2006, Sentencia 08330-2006-PA/TC].

Objetivos de las organizaciones sindicales

14. Por otro lado, es necesario resaltar que las organizaciones sindicales, al representar al conjunto de trabajadores de su ámbito, cumplen un papel fundamental en la sociedad, ya sea porque actúan como manifestación del derecho de asociación o por su vinculación con la consolidación del Estado social y democrático de derecho. Es precisamente para este logro que tiene entre sus principales objetivos el estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros así como buscar el mejoramiento social, económico y moral de sus integrantes (Sentencia 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 28).

15. En ese sentido, la actividad sindical consiste en la participación de acciones de defensa de los intereses de los trabajadores a fin de lograr los objetivos legítimos que tienen los sindicatos desde su conformación y que la Constitución protege. Así,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 5474-2006-PA/TC, estableció lo siguiente:

[...] la libertad sindical protege a los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos; es decir, protege a los representantes sindicales para su actuación sindical. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y el derecho de huelga. 4. En efecto, esta es la protección sindical conocida como fuero sindical, que es una de las dimensiones del derecho de sindicación y de la libertad sindical que se deriva del artículo 28º de la Constitución y que tiene protección preferente a través del amparo.

[...]

16. 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].

17. 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 (Coviperu);
- ii) si don Willy Nelson Picón Gamarra tenía la condición de dirigente sindical del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi al momento de su despido el 15 de setiembre 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 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

18. Con relación al **punto “i”** del fundamento 17 *supra*, resulta importante señalar que, en el proceso ordinario laboral sobre incumplimiento de disposiciones y normas laborales (Expediente 22261-2013-0-1801-JR-LA-07) (folios 42 a 59), se resolvió declarar fundada en parte la demanda; en consecuencia, se declaró la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado entre los 25 trabajadores (folios 4 a 21), representados por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Apecovi SAC. con Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperu), desde las fechas de ingreso correspondientes, por lo que la demandada debía registrar a la parte actora en su libro de planillas.

En efecto, en el fundamento jurídico 14 y 15, así como en la parte resolutive de la sentencia de segundo grado o instancia del proceso ordinario laboral, se señaló:

Decimocuarto. [...]. La empresa COVIPERU S.A. y OPECOAVI S.A.C. tienen la misma Contadora General. En el correo electrónico de fojas 118, la señora Clara Silva (Bienestar Social de COVIPERU S.A. sobre el control de asistencia, menciona: “De parte del sr. Freddy Ampuero, s eles está enviando las nuevas tarjetas de asistencia, es obligatorio el marcado de ingreso y salida (tarjeta de OPECOVI S.A.C.) por favor, colocarlos en el lugar visible para el personal marque su asistencia en ella; hacer extensivo este comunicado al personal de los pesajes. Confirmar el recojo de las tarjetas. A fojas 119 obra el correo enviado por el señor Sánchez de COVIPERU S.A. dirigido a los trabajadores de OPECOVI S.A.C. en el que se menciona que por la visita de los directores de Ecuador se tiene que “mantener las estaciones limpias, el personal ordenado, bien uniformado, planificar que todos nuestros sistemas estén operativos (Telepass, postes, SOS, paneles electrónicos, etc.”. A fojas 129 obra el correo electrónico enviado por la señora Gladys Anaya encargada de Logística de la empresa COVIPERU S.A. dirigido a la cuenta PESAJE CERRO AZUL OPECOVI S.A.C. en el que se menciona “Señores se esta enviando cargos por estaciones para su distribución y firma respectiva [...] en lista hay personal que ya no labora pero tiene un reemplazo. Deberán hacer firmar en el cargo al nuevo trabajador y aparte hacer firmar una declaración jurada simple donde se indique que el trabajador está recibiendo su aguinaldo navideño. Asimismo, cada administrador de peaje deberá enviar junto con el cargo las declaraciones juradas y una relación donde se indique el nombre de la persona que ya no labora pero que el reemplazo lo recibió. Además si existe alguna canasta que sobre, también deberán devolverla a las oficinas de Lima”.

Decimoquinto. Los indicios expuestos precedentemente nos llevan a concluir que no existe autonomía entre las empresas COVIPERU S.A. y OPECOVI S.A.C. por la carencia de autonomía técnica, financiera y económica de la empresa contratista, ya que depende económica y funcionalmente de la empresa principal, existiendo, además de la evidente vinculación económica y dependencia de una sobre otra, el control sobre la prestación de labores de los trabajadores de la contratista por parte de la empresa principal, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, que privilegia la realidad de los hechos frente a la virtualidad de la formalidad, estamos ante la presencia de una única empresa por lo que se amparan los agravios expresados por los demandantes debiéndose revocar la recurrida, declarándose la existencia de una relación laboral de los demandantes con COVIPERU S.A.”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

[...]

1. REVOCAR la Resolución 7, que contienen la sentencia 274-2014-7ºJEL, de fecha 3 de noviembre de 2014, que corre a fojas 957 a 964, 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 25 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, revisando la página de consulta de expedientes judiciales del Poder Judicial, se advierte que dicho pronunciamiento judicial adquirió firmeza, toda vez que el recurso de casación que interpuso la emplazada fue desestimado conforme se aprecia de la Casación Laboral 10032-2016-LIMA, de fecha 31 de mayo de 2018 (<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>, revisado el 3 de octubre de 2018).

19. 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 (Coviperu) y los 25 trabajadores demandantes (Expediente 22261-2013), incluido a don Willy Nelson Picón Gamarra (folios 4 a 21), representados por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi.
20. Por ello, está acreditado que el accionante mantenía una relación laboral a plazo indeterminado con Concesionaria Vial Perú, conforme ha sido reconocido judicialmente mediante sentencia que adquirió la calidad de cosa juzgada. Por tanto, para el cese del actor correspondía que se respetara 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 15 de setiembre de 2016 (folio 691), 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 de la accionante.
21. Con relación al **punto “ii”** del fundamento 14 *supra*, tenemos que a fojas 152 obra la constancia de inscripción automática de fecha 8 de junio de 2016 (Expediente 69185-12), realizado por la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi, ante la Subdirección de Registros Generales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para el periodo del 17 de mayo de 2016 al 16 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

mayo de 2018, y en el cual se aprecia que el ahora demandante ostenta el cargo de secretario de Seguridad Social y Salud en el Trabajo.

22. De lo expuesto, se evidencia que la dirigencia del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi, del cual formó parte el recurrente, se inscribió en la subdirección de Registros Generales el 8 de junio de 2016 (folio 152), y que el despido denunciado por el actor se llevó a cabo mediante carta de fecha 15 de setiembre de 2016 (fs. 691), conforme se corrobora con los instrumentales obrantes a fojas 683 y 714. Se determina entonces que, al momento del despido del accionante, esta tenía la condición de dirigente del mencionado sindicato.
23. Respecto al **punto “iii”** del fundamento 14 *supra*, previamente debe indicarse que, en el año 2013, el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi, interpuso demanda laboral sobre incumplimiento de disposiciones y normas laborales (desnaturalización de tercerización) contra las empresas Coviperu y Opecovi, pues consideraban que los 25 trabajadores (entre los que se incluye a la demandante) representados por el referido sindicato en dicho proceso laboral ordinario no debían estar en las planillas de la empresa Opecovi (empresa tercerizadora), sino en las de Coviperu (empresa principal) (folios 4 a 21).
24. Al respecto, si bien el representante de la demandada, en su escrito de fecha 1 de agosto de 2017 (folios. 1087 a 1099), alegó, entre otras cosas, que no existía un sindicato perteneciente a Coviperu, está corroborado que en esa fecha ya tenía conocimiento de lo resuelto en segunda instancia del proceso laboral (Expediente 22261-2013), conforme se ha indicado en el fundamento 15 *supra*, esto es, que ya se había declarado judicialmente la desnaturalización de los contratos de tercerización entre las empresas Coviperu y Opecovi, y que el actor —entre otros trabajadores— mantenía un vínculo laboral a plazo indeterminado con Coviperu.
25. En ese sentido, en el presente caso, está probado que el accionante en mayo de 2016, entró a formar parte de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 6 de Opecovi, como secretario de Seguridad Social y Salud en el Trabajo, y también está acreditado que en instancia judicial obtuvo el reconocimiento de su vínculo laboral con Coviperu 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 15 de setiembre de 2016 (folio 691).
26. De lo actuado, se advierte que el despido del actor responde a que este ejerció su derecho a la libertad sindical pues además de afiliarse al Sindicato de Trabajadores



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

de la Red Vial 06 Opecovi en mayo de 2012 (folio 142), también actuó como dirigente del mismo, ocupando el cargo de secretario de Seguridad Social y Salud en el Trabajo (folio 152). En consecuencia, el despido del recurrente deviene en nulo y violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad sindical.

27. 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 demandante, reconocido en el artículo 22 y 28 de la Constitución, por lo que la demanda debe ser estimada.

Efectos de la sentencia

28. 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.
29. 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 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 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 15 de setiembre de 2016 y **NULO** el despido del cual ha sido objeto el demandante.
2. **ORDENAR** que la empresa Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperu) reponga a don Willy Nelson Picón Gamarra, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC
CAÑETE
WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

[Handwritten signatures and scribbles over the list of names]

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

[Handwritten signature]
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04710-2017-PA/TC
CAÑETE
WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

**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 del fundamento 7, 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:

“Cabe mencionar que a la fecha de interposición de la presente demanda (26 de agosto de 2016), ya se encontraba en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Cañete, por lo que en el referido distrito judicial 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 (caso Elgo Ríos)”.

Es decir, antes de resolver el fondo de la controversia, en tales fundamentos se realiza un análisis previo relativo a verificar si a la fecha de interposición de la demanda de amparo en el caso sub *litis*, se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en el Distrito Judicial de Cañete; 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 04710-2017-PA/TC
CAÑETE
WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

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 26 de agosto de 2016. Esto es, hace más de 2 años y 6 mes, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 2017, por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Cañete, 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 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICON GAMARRA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, debo plantear lo siguiente:

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 a 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICON GAMARRA

la que he mencionado.

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 su 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 canalizada 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICON GAMARRA

que los juzgados laborales son competentes para conocer, en un proceso laboral abreviado, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad 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 en este caso 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICON GAMARRA

la mejor vía en todos los casos para otorgar la tutela requerida. En esa línea, el criterio de la 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 una 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 a la demandante, sino también puede invocarse derechos como el derecho al trabajo y el derecho a la no discriminación.
13. Esta confluencia o concurrencia 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

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

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 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICÓN GAMARRA

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 04710-2017-PA/TC

CAÑETE

WILLY NELSON PICON GAMARRA

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.

Mis colegas han declarado nulo, por violación de la libertad sindical, el despido del que fue objeto el demandante. Sin embargo, en autos no ha quedado acreditado que la empresa demandada tenga un sindicato.

En efecto, en su escrito de fecha 1 de agosto de 2017 (folios 1087 a 1099) la empresa demandada (Concesionaria Vial del Perú S.A.- Coviperú) "niega rotundamente que el demandante sea un trabajador sindicalizado, toda vez que su representada no tiene ningún sindicato registrado ante la autoridad administrativa de trabajo" tal como lo advierte la sentencia en mayoría (Fundamento 24). Pese a ello, dicha sentencia, para justificar la afiliación sindical del demandante, dice: "De lo expuesto, se evidencia que la dirigencia del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi, del cual formó parte el recurrente, se inscribió en la subdirección de Registros Generales el 8 de junio de 2016 (folio 152), y que el despido denunciado se llevó a cabo mediante carta de fecha 15 de setiembre de 2016 (fs. 691), conforme se corrobora con los instrumentales obrantes a fojas 683 y 714. Se determina, entonces, que al momento del despido del accionante, este tenía la condición de dirigente del mencionado sindicato" (fundamento 22).

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 (a fojas 4):

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

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC
CAÑETE
WILLY NELSON PICON GAMARRA

nombrados en 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 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 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.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC
CAÑETE
WILLY NELSON PICON GAMARRA

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

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC
CAÑETE
WILLY NELSON PICON GAMARRA

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].

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

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).

MPA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC
CAÑETE
WILLY NELSON PICON GAMARRA

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 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.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04710-2017-PA/TC
CAÑETE
WILLY NELSON PICON GAMARRA

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

Lo que certifico:

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