



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 1036 /2020

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC

CUSCO

ROGER NÚÑEZ VALDEZ

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de diciembre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **INFUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 00239-2019-PA/TC.

El magistrado Ramos Núñez con voto en fecha posterior coincidió con el sentido de la sentencia.

Los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de diciembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Espinosa-Saldaña Barrera, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Roger Núñez Valdez contra la resolución de fojas 307, de fecha 12 de marzo de 2018, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de marzo de 2013, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad Andina del Cusco, a fin de que se declare la nulidad de la Carta 062-R-2011/UAC, de fecha 26 de diciembre de 2012, por la que se le despide arbitrariamente; y que, en consecuencia, se ordene su reposición laboral en el puesto laboral de técnico administrativo en la Dirección de Telecomunicaciones y Tecnologías de Información. Manifiesta que fue despedido arbitrariamente aduciendo que incurrió en faltas graves, que consistirían en no haber realizado una auditoría de seguimiento y no haber salvaguardado ni implementado los sistemas de seguridad de las redes de comunicación institucionales. Sostiene que es falso que se le haya dado la orden de hacer una auditoría y seguimiento de los equipos de cómputo; que no es cierto que la actividad de seguimiento constituía parte de un examen especial, dado que las acciones de control están a cargo del jefe de Auditoría Interna; y que la infraestructura tecnológica de la universidad demandada nunca estuvo expuesta a riesgos de seguridad. Finalmente, refiere que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, así como los principios de inmediatez y de razonabilidad de las sanciones.

El apoderado de la Universidad Andina del Cusco contesta la demanda señalando que el despido del demandante se ha debido a la comisión de faltas referida al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral y grave indisciplina. Refiere que el actor tenía de conocimiento que el director de Admisión de la universidad había dispuesto sobre la urgencia y necesidad de realizar la auditoría de seguimiento; sin embargo, el informe respectivo recién lo entregó después de cuatro meses de habérselo requerido con un contenido absolutamente incompleto y endeble, dado que no explicó el método y las herramientas utilizadas ni detalló las actividades realizadas desde la fecha de recepción de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

disposición rectoral hasta la fecha emisión de citado informe. Agrega que la justificación dada por demandante es porque no cuenta con la especialización en “auditorías de sistemas de información”; no obstante, si fuera cierto, debió informar inmediatamente a su superior a fin de evaluar la contratación de una auditoría externa.

El Tercer Juzgado Civil de Cusco, con fecha 4 de julio de 2017, declaró infundada la demanda por considerar que el actor, pese a habersele cursado el Memorando 016-2012-R/UAC, emitió su informe recién después de cuatro meses y de manera incompleta, sin recomendaciones ni conclusiones, a pesar de las posibles evidencias encontradas. Agrega que el demandante fue despedido previo procedimiento de despido, por lo que no se ha vulnerado su derecho de defensa.

La Sala revisora confirmó la apelada por fundamentos similares.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. El demandante solicita la nulidad de la Carta 062-R-2011/UAC, de fecha 26 de diciembre de 2012, por la que se le despide arbitrariamente; y que, en consecuencia, se ordene su reposición laboral en el puesto laboral de técnico administrativo en la Dirección de Telecomunicaciones y Tecnologías de Información. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, así como los principios de inmediatez y de razonabilidad de las sanciones.

De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal, respecto a las demandas de amparo relativas en materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido arbitrario.

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

2. El demandante señala que fue despedido arbitrariamente aduciendo que incurrió en faltas graves, que consistirían en no haber realizado una auditoría de seguimiento y no haber salvaguardado ni implementado los sistemas de seguridad de las redes de comunicación institucionales. Sostiene que es falso que se le haya dado la orden de hacer una auditoría y seguimiento de los equipos de cómputo; que tampoco es cierto que la actividad de seguimiento constituía parte de un examen especial, dado que las acciones de control están a cargo del jefe de Auditoría Interna; y que la infraestructura tecnológica de la universidad demandada nunca estuvo expuesta a riesgos de seguridad.



Argumentos de la parte demandada

3. El apoderado de la Universidad Andina del Cusco señala que el actor tenía de conocimiento que el director de Admisión de la universidad había dispuesto sobre la urgencia y necesidad de realizar la auditoría de seguimiento; sin embargo, el informe respectivo recién lo entregó después de cuatro meses de habérselo requerido con un contenido absolutamente incompleto y endeble, dado que no explicó el método ni las herramientas utilizadas, ni detalló las actividades realizadas desde la fecha de recepción de la disposición rectoral hasta la fecha emisión de citado informe. Agrega que la justificación dada por el demandante es porque no cuenta con la especialización en “auditorías de sistemas de información”; no obstante, si fuera cierto, debió informar inmediatamente a su superior a fin de evaluar la contratación de una auditoría externa.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. El artículo 22 de la Constitución establece que “[e]l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”. Asimismo, el artículo 27 de la carta magna señala lo siguiente: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
5. Debe tenerse en cuenta que el artículo 22 del Decreto Supremo 003-97-TR dispone que, para despedir a un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. Por su parte, los artículos 23 a 25 enumeran taxativamente las causas justas de despido relacionadas, respectivamente, con la capacidad y la conducta de trabajador.
6. Por otra parte, cabe acotar que la existencia de una relación laboral genera un conjunto de obligaciones recíprocas entre empleador y trabajador y, en lo que se refiere al trabajador, impone que se desarrollen conforme a las reglas de la buena fe laboral, hasta el punto que la transgresión de este deber se tipifica como una falta grave (artículo 25, inciso “a”) del Decreto Supremo 003-97-TR), lo cual constituye una de las causas justas de despido relacionada con la conducta del trabajador.
7. En el presente caso, de la carta de preaviso de despido —Carta 062-R-2011/UAC, de fecha 26 de diciembre de 2012 (folios 4 a 6)—, se aprecia que la emplazada le comunica al actor su despido por haber incurrido en la comisión de faltas graves contempladas en los incisos “a” y “f”) del artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR, referidos al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la fe laboral y grave indisciplina consistente en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

incumplimiento deliberado de las órdenes dadas por el rector de la universidad. En dicho documento, se señala lo siguiente:

1. El día 31 JUL 12 Usted ha recibido el Memorandum N° 016-2012-R/UAC de 30 de JUL 12 emitido por el Rector de la Universidad por el que se dispone realizar una auditoría y seguimiento sobre dos computadoras existentes en el Vice Rectorado Académico y otra de la Oficina de Impresiones después del proceso de admisión 2012-II producido el 29 JUL 12, para que se efectúe una auditoría técnica de las computadoras relacionadas a los sistemas de confección de pruebas de examen, actividades de las que debía alcanzar al Despacho Rectoral el respectivo informe técnico, documento que se le cursó a petición suya por considerar una acción sumamente delicada.
2. Pese a la urgencia y gravedad que dichas acciones revestían, según su propia apreciación, el resultado de la labor encomendada lo ha hecho llegar mediante Informe N° 021-2012-RNV-DTT/UAC de fecha 26 NOV 12 ingresado por mesa de partes del rectorado a horas 13:00, es decir cuatro meses después, en el mismo que ha admitido que se halló en el equipo de cómputo compatible utilizado por la Oficina de Impresiones evidencias que se iniciaron programas como Micro Soft Word y Navegador de Internet con el cual se hicieron descargas de archivos y herramientas gratuitas de internet considerados como peligrosos, puesto que permiten ocultar rastros de ejecución de programas, ocultar archivos dentro de carpetas y otras operaciones que contraloran sistemas operativos y evitar log de transacciones, no lo ha reportado oportunamente.
3. [...]
4. Igualmente, se le ha imputado que luego de la evaluación efectuada, el Sr. Director de Admisión le solicitó verbalmente en forma reiterativa la emisión del informe correspondiente, tal como se consigna en el Informe N° 003-2012-DIAD-UAC del 10 DIC 12 dirigido a la Sra. Vice Rectora Académica, habiendo Usted indicado que “*había detectado algo de lo que iba a informar posteriormente*”, sin embargo no hizo llegar el informe correspondiente, sino cuatro meses después de habersele solicitado, conforme se ha indicado anteriormente y que el mencionado documento resultaba absolutamente incompleto y endeble, ya que no había explicado el método ni las herramientas utilizadas con dicha finalidad, ni detallado las actividades realizadas desde la fecha de recepción de la disposición rectoral hasta la de emisión del mismo, el que se emitió a raíz de los sucesos del 25 NOV 12 relacionados con el examen de Primera Opción para el Semestre 2013-I.
5. De esta manera no ha procedido con la premura y la diligencia del caso, evitando así que se implementen las medidas de seguridad sobre todos los equipos de las áreas sensibles de la institución que posibiliten un adecuado control de la información que en tales condiciones de vulnerabilidad puede ser obtenida desde el interior y exterior de la Universidad, incumpliendo deliberadamente con ejercer labores propias de sus funciones establecidas en el Manual de Organización y Funciones institucional y que en su condición de administrador de redes no ha salvaguardado la seguridad de estas, no ha implementado los sistemas de seguridad del caso ni las ha recomendado, pese a tener conocimiento de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

que existían indicios de uso inadecuado de los sistemas informáticos por parte de algunas áreas de la Universidad, y más específicamente de la Oficina de Impresiones, según su propio informe, causando grave perjuicio institucional por su negligencia al no emitir informe solicitado oportunamente a la Autoridad Universitaria y no efectuar el seguimiento dispuesto, además de la auditoría encargada.

8. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, en los actuados, obran los siguientes instrumentales:

- a) Memorando 016-2012-R/UAC, de fecha 30 de julio de 2012 (folio 13), emitido por el rector de la Universidad Andina del Cusco, con el que se requiere al recurrente que

[...] en su condición de Jefe de la Unidad de Telecomunicaciones de la D.T.T.I., se sirva efectuar una Auditoría de Seguimiento, sobre las 02 computadoras existentes en el **VICE RECTORADO ACADÉMICO**, y 01 en la **OFICINA DE IMPRESIONES**, de la que agradeceré alcanzar a esta Despacho el respectivo informe técnico.

- b) Informe 021-2012-RNV-DTTI/UAC, de fecha 26 de noviembre de 2012 (folio 14), emitido por el demandante y dirigido al rector de la Universidad Andina del Cusco, en el cual da cuenta de lo siguiente:

[...] en atención al Memorandum remitido se ha realizado la revisión técnica a nivel de auditoría de log, archivos históricos, e historial de navegación de 04 equipos de cómputo de las Oficinas de Vice Rectorado Académico y la Oficina de Impresiones, estas revisiones y las muestras fueron realizadas el día 30 de Julio cuyo procedimiento consistió en incautación de los equipos por un lapso de 3 horas, el cual permitió realizar copias de seguridad de la información de dichos equipos para realizar el análisis detallados de los archivos log, historial de navegación, programas ejecutadas de lo cual informo lo siguiente:

[...]

Del análisis realizado se puede concluir en lo siguiente:

La computadora de la Oficina de Impresiones en la fecha mencionada contenía herramientas software para ocultar rastros de operación del equipo de cómputo y que a la vez tuvo navegación en Internet, no se ha podido determinar las direcciones de Internet visitadas debido al uso de estas herramientas gratuitas.

Las computadoras del Vice Rectorado Académico evidencian que solo iniciaron el programa Microsoft Word durante las fechas señaladas.

- c) Carta de descargos de fecha 13 diciembre de 2012 (folio 10), con la cual el demandante manifestó lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

El suscrito tengo el Título Profesional de Ingeniero Informático y de Sistema y con especialización en Redes y Comunicaciones, no tengo la especialización en “Auditoría de Sistemas e Información” [...] y con la finalidad de cumplir con lo encomendado procedí de acuerdo a los conocimientos generales de la formación profesional, usando sentido común a revisar el archivo de incidencias denominado LOG en la carpeta de Windows [...].

Los indicios encontrados de esta verificación en las computadoras de la Oficina del Vice Rectorado Académico e Impresiones no se pudieron remitir a la brevedad posible debido a que estos indicios encontrados de posibles herramientas de software descargados de internet en la computadora de la Oficina de Impresiones [...] y además la existencia de posibles herramientas relacionadas a este tema fueron totalmente nuevas y desconocidas por mi persona [...].

Debido a esta falta de conocimiento y experiencia con este tipo de herramientas de aparente ocultamiento de rastro en la computadora, procedí a investigar usando la información disponible en Internet el cual muchas veces no es fiable [...] sin embargo [...] no se pudo presentar el informe respectivo a la brevedad.
[...]

El Informe N° 021-2012-RNT-DTT/UAC presentado efectivamente no tiene ninguna conclusión debido a que no se pudo determinar con exactitud la herramienta usada en el computador de la Oficina de Impresiones, sino solo se encontró un indicio tan genérico como “proteger-secretos-en-carpetas”.

d) *Manual de organización y funciones de la Universidad Andina del Cusco* (folios 16 al 19), la cual contiene las funciones específicas del jefe de Oficina de Centro de Cómputo e Informática (director III):

- [...]
- b) Preparar proyectos de desarrollo de sistemas y tecnologías de información;
[...]
- e) Generar políticas para el uso de equipo y servicios de cómputo en la universidad;
- f) Preparar y ejecutar los planes de contingencia para la salvaguarda de la información;
[...]
- k) Otras funciones asignadas por el Rector.

9. De lo expuesto, se advierte que la universidad emplazada encargó al demandante que efectúe la auditoría de seguimiento sobre las computadoras del vicerrectorado académico y la oficina de impresiones de la universidad, a fin de realizar la evaluación técnica de las computadoras relacionadas con los sistemas de confección de pruebas de examen. Sin embargo, pese a la urgencia de realizar la respectiva auditoría, el recurrente entregó el informe técnico en cuestión recién después de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

cuatro meses de habersele requerido. Además, según la apreciación de la entidad emplazada, el informe citado se presentó de manera incompleta, puesto que no planteó conclusiones ni recomendaciones —lo cual fue reconocido por el actor en sus descargos—, tampoco explicó el método ni las herramientas utilizadas con dicha finalidad, ni detalló las actividades realizadas desde la fecha de recepción del memorando del rector de la universidad. Todo ello evitó que se implementen las medidas de seguridad sobre todos los equipos de las áreas sensibles de la institución que posibiliten un adecuado control de la información que, en condiciones de vulnerabilidad, puede ser obtenida desde el interior y exterior de la universidad.

10. El demandante ha justificado lo antes señalado aduciendo que no tiene especialización ni experiencia en “auditoría de sistemas e información”, por lo que no pudo remitir el informe de auditoría en el breve plazo, lo cual también explicaría la falta de conclusiones y recomendaciones del mencionado informe. Sobre el particular, en el *Manual de organización y funciones* de la universidad emplazada, se establecen claramente las funciones específicas que le correspondían al demandante, en tanto jefe de Unidad de Redes y Telecomunicaciones (director III), entre las que se encuentran generar políticas para el uso de equipo y servicios de cómputo en la universidad, así como preparar y ejecutar los planes de contingencia para la salvaguarda de la información, lo cual era conocido por el demandante y, por tanto, debía tomar las acciones pertinentes y necesarias para realizar la auditoría técnica de los sistemas de cómputo de la universidad conforme al encargo dado por rector. Sin embargo, este no fue realizado en el breve plazo ni de manera completa, como ha sido reconocido por el propio demandante.
11. A partir del material probatorio vertido por ambas partes, es posible determinar que, en efecto, el demandante sí incurrió en las conductas que la universidad emplazada le imputa, esto es, la comisión de las faltas graves tipificadas en los incisos “a” y “f” del artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR, por lo que sí es procedente la sanción.
12. En este sentido, el despido se condice con la gravedad de las faltas que cometió el demandante por cuanto se verifica que no cumplió la orden dada por el rector de la universidad, según las condiciones que requerían la naturaleza del encargo y de manera oportuna, ni implementó los sistemas de seguridad de las redes de comunicación institucionales, deber previsto en el MOF de la universidad demandada. Por lo tanto, no se observa la vulneración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en razón de que las faltas cometidas califican como graves, según lo previsto en el Decreto Supremo 003-97-TR.
13. Por otro lado, en torno a la presunta vulneración del derecho de defensa y del principio de inmediatez, se advierte que la imputación de las faltas graves fueron claras y detalladas, y el actor tuvo la oportunidad de ejercer su defensa presentando



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

sus descargos. Asimismo, entre la fecha que la universidad toma conocimiento de los hechos imputados a través del informe del demandante, de fecha 26 de noviembre de 2012, hasta la fecha de la carta de despido, de fecha 26 de diciembre de 2012, no se advierte que haya transcurrido un plazo irrazonable.

14. En consecuencia, examinados los autos, se concluye que el despido del demandante ha sido un despido disciplinario que está previsto en la ley. Asimismo, se ha observado el debido procedimiento. Por ende, corresponde desestimar la demanda.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto con fecha posterior a fin de expresar que me encuentro de acuerdo con la presente sentencia que declara **INFUNDADA** la demanda de amparo por las razones que en ella se exponen.

S.

RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

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

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

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 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

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].

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.

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).



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 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

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

S.

FERRERO COSTA

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

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 00239-2019-PA/TC
CUSCO
ROGER NÚÑEZ VALDEZ

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 más de veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA