



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 1091/2020

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC

PUNO

RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 10 de diciembre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 02158-2019-PA/TC.

Asimismo, el magistrado Sardón de Taboada formuló un fundamento de voto.

El magistrado Ferrero Costa emitió un voto singular.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini emitirá su voto con fecha posterior.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días de diciembre de 2020. el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, y se agrega el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada. Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini votará con fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ramiro Marcial Roque Gonzales contra la sentencia de fojas 187, de fecha 6 de mayo de 2019, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de marzo de 2017 y subsanación de fecha 10 de setiembre de 2018, el recurrente interpone demanda de amparo contra EsSalud - Red Asistencial de Puno, a fin de que se deje sin efecto el despido incausado del cual ha sido objeto el día 2 de enero de 2017, y en consecuencia, se disponga su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando. Asimismo, requiere el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de su despido hasta el día en que se haga efectiva su reposición.

El actor manifiesta haber ingresado a laborar para la entidad emplazada, en virtud a un concurso público convocado por el proceso de selección 002-SUP-RAPUN-2016. Refiere que el perfil del referido concurso consistía en desempeñar funciones, bajo la modalidad de suplencia, en el cargo de contador público nivel P-2 en la Gerencia de la Red Asistencial de Puno. Alega que, el contrato modal que celebró con la demandada se desnaturalizó, pues de acuerdo a la cláusula novena del mismo, se le asignaron funciones que no correspondían a las de un contador público nivel P-2, y que diferían de las señales en el proceso de selección. Aunado a ello, agrega que con fecha 2 de mayo de 2016, fue conducido a la Red Asistencial Hospital III PUNO- Salcedo, donde el encargado de la Oficina de Personal le habilitó el registro de control de asistencia, a efectos que laborara desempeñando las funciones del cargo de técnico en facturación en el Área de Facturación. En ese sentido, el recurrente señala haber laborado de forma ininterrumpida, desde el 2 de mayo de 2016 hasta el 2 de enero de 2017 en dicha área, pese a que el contrato que suscribió, estipulaba que laboraría en la Gerencia de la Red Asistencial de Puno. Manifiesta que el día 2 de enero de 2017, acudió a su centro de labores y al retirarse del mismo, no pudo registrar su hora de salida, hecho que fue constado por la Defensoría del Pueblo. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

proceso.

El apoderado judicial del Seguro Social de Salud- EsSalud, alega que la ruptura del vínculo laboral con el actor, no responde a un despido arbitrario, sino que se produjo por la conclusión del contrato laboral, ello aunado a que, el titular de la plaza suplida debía reincorporarse a la misma por la conclusión de su encargatura como jefe de la División de Finanzas. Agrega que el demandante no acreditó haber ingresado a laborar por concurso público y abierto para cubrir una plaza vacante de duración indeterminada como exige el precedente emitido en la sentencia del Expediente 05057-2013-PA/TC, por lo que corresponde la declaración de improcedencia de la demanda o la correspondiente reconducción del proceso a la vía ordinaria laboral.

El Primer Juzgado Civil de Puno, con fecha 13 de noviembre de 2018, declaró improcedente la demanda. El juez A quo, estimó que el contrato laboral a plazo fijo por la modalidad de suplencia, se desnaturalizó toda vez que el actor desarrolló funciones distintas a las que efectúa un contador público nivel F-2 y que, aunado a ello, las hizo efectivas en el Área de Facturación, cuando su contrato estipulaba que debían realizarse en la Gerencia de la Red Asistencial Puno - EsSalud. No obstante ello, si bien el demandante ingresó por un concurso público de méritos y tenía un contrato a plazo indeterminado - por haberse desnaturalizado el contrato por suplencia-, no acreditó que el cargo en el cual pretende su reposición laboral corresponda a una plaza vacante, de acuerdo a establecido en el precedente Huatuco Huatuco emitido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

La Sala Superior revisora confirmó la apelada, por considerar que si bien el demandante ingresó por concurso público de méritos, este no fue para una plaza de carácter indeterminado, sino para un contrato de trabajo sujeto a modalidad de suplencia, por lo que no procedería la reposición del recurrente en aplicación del precedente emitido en la sentencia del Expediente 05057-2013-PA/TC.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. El actor solicita que se disponga su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando. Asimismo, requiere el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de su despido hasta el día en que se haga efectiva su reposición.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

Procedencia de la demanda

2. De conformidad con lo establecido en la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC:

27. A modo de ejemplo, tenemos que una vía ordinaria especialmente protectora regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo es la del proceso abreviado laboral, cuya estructura permite brindar tutela idónea en aquellos casos en los que se solicite la reposición laboral como única pretensión. Nos encontramos entonces ante una vía procesal igualmente satisfactoria, siendo competente para resolver la referida pretensión única el juzgado especializado de trabajo. Sin embargo, si el demandante persigue la reposición en el trabajo junto con otra pretensión también pasible de ser tutelada vía amparo, la pretensión podrá ser discutida legítimamente en este proceso constitucional, pues el proceso ordinario previsto para ello es el "proceso ordinario laboral", el cual —con salvedades propias del caso concreto— no sería suficientemente garantista en comparación con el amparo.

28. En sentido complementario, *si estamos en un caso en que se solicita reposición como pretensión única, pero por razón de competencia territorial o temporal no resulta aplicable la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la vía más protectora es el proceso constitucional de amparo.* (énfasis adicionado)

3. Como se puede advertir, el Tribunal Constitucional ha establecido que el proceso constitucional de amparo es la vía idónea en los casos en los que, por razones temporales o territoriales, no esté vigente de la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de interponerse la demanda.
4. En el presente caso, de acuerdo a la información enviada por el Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Oficio 8784-2015-CE-PJ, de fecha 3 de setiembre de 2015, corroborada con la consulta efectuada el día 7 de junio de 2019, a la página web del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial: https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etii_nlpt/as_mapa/, a la fecha de interposición de la presente demanda (28 de marzo de 2017), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Puno, por lo que, en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la sentencia 02383-2013-PA/TC.

Reglas establecidas en el precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC

5. En la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de junio de 2015, este Tribunal estableció en los fundamentos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC

PUNO

RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, que en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato de trabajo temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó a la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.

También se precisó que las demandas presentadas a partir del día siguiente de la publicación de la citada sentencia en el diario oficial *El Peruano*, cuya pretensión no cumple el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción.

Finalmente, también con carácter de precedente, se estableció la obligación de las entidades estatales de aplicar las correspondientes sanciones a los funcionarios y/o servidores que incumplieron las formalidades en la contratación de la parte demandante (cfr. fund. 20 de la Sentencia 05057-2013-PA/TC).

Análisis de la controversia

Argumentos de la parte demandante

6. El actor manifiesta haber ingresado a laborar para la entidad emplazada, en virtud a un concurso público para desempeñar funciones, bajo la modalidad de suplencia, en el cargo de contador público nivel P-2 en la Gerencia de la Red Asistencial de Puno. Alega que, el contrato laboral bajo la modalidad de suplencia se desnaturalizó, pues le asignaron funciones distintas a las establecidas en el proceso de selección, laborando en los hechos como técnico en facturación en el Área de Facturación. Alega que el contrato que suscribió, estipulaba que laboraría en la Gerencia de la Red Asistencial de Puno. Manifiesta que el día 2 de enero de 2017, fue objeto de un despido incausado, dado que acudió a su centro de labores y al retirarse del mismo, no pudo registrar su hora de salida, hecho que fue constado por la Defensoría del Pueblo. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

Argumentos de la parte demandada

7. El apoderado de la parte demandada, alega que la ruptura del vínculo laboral con el actor, se produjo por la conclusión del contrato laboral, más aún cuando el titular de la plaza suplida debía reincorporarse a la misma por la conclusión de su encargatura como jefe de la División de Finanzas. Agrega que el demandante no ha acreditado haber ingresado a laborar por concurso público y abierto para cubrir una plaza vacante de duración indeterminada como exige el precedente emitido en la sentencia del Expediente 05057-2013-PA/TC, por lo que corresponde la declaración de improcedencia de la demanda o la correspondiente reconducción del proceso a la vía ordinaria laboral.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

8. Sobre los contratos de trabajo de naturaleza accidental en la modalidad de suplencia, tenemos que el Decreto Supremo 003-97-TR en su artículo 61, establece lo siguiente sobre el contrato de suplencia:

[...] es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que este sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. (...) En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo.

En este sentido, la temporalidad del contrato de suplencia deriva de la sustitución no definitiva de un trabajador estable de la empresa, cuya relación de trabajo se encuentre suspendida. Este Tribunal considera que el contrato de suplencia se celebra con fraude a la ley cuando el trabajador suplente desde un inicio no desempeña el puesto del trabajador sustituido para el cual fue contratado, sino otro puesto o cargo de trabajo.

9. Asimismo, el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR prescribe que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se desnaturalizan cuando, entre otros supuestos, el trabajador demuestra la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en ese cuerpo legal.
10. Por su parte, el artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, señala que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que no puede



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

ser reincorporado mediante un contrato a plazo indeterminado quien no ingresa por concurso público.

11. Conforme se acredita con el contrato de trabajo sujeto a modalidad de suplencia 037-DRRRHH-GRAPUNO-EsSALUD-2016 (f. 11), su sucesiva prórroga que obra a folio 13 y lo vertido por en la contestación de la demanda, el demandante habría laborado para la Red Asistencial de Puno en virtud a un contrato de trabajo sujeto a modalidad por suplencia y sus posteriores prórrogas.
12. Así, tenemos que en la cláusula primera del contrato de trabajo sujeto a modalidad que obra a folio 11 se consigna lo siguiente: “ESSALUD con la finalidad de mantener debidamente operativos los servicios que presta, requiere la contratación de un personal a efectos de cubrir la ausencia temporal del trabajador CPC. JOSÉ MAMANI MAMANI, contador público, nivel P-2, quien labora en la Gerencia de la Red Asistencial Puno EsSalud, cuyo vínculo laboral se suspende por desempeño de cargo Ejecutivo de Jefe de la División de Finanzas con (Resolución de Gerencia General N° 018-GG-ESSALUD-2016)”.
13. Con la consulta efectuada el día 7 de junio de 2019 a la página web de EsSalud, se advierte del Cuadro para Asignación de Personal (CAP 2012) de la Red Asistencial Puno, que en la Gerencia de Red existen las siguientes plazas:

E3GRA Gerente de la Red Asistencial
P2 PRO Profesional
P3BP Bachiller Profesional
T2TAD Técnico Serv. Adm. y Apoyo
T3SEC Secretaria

Asimismo, conforme se desprende del Informe 298-AL-ULyBP-DRRRHH-OA-GRAPUNO-ESSALUD que obra a folios 112 a 115, don José Jesús Mamani Mamani (trabajador reemplazado por el actor), tiene la plaza de profesional P-2 en la Red Asistencial Puno, no obstante, laboraba por encargatura como jefe de la División de Finanzas Nivel Ejecutivo E-6 y, posteriormente se dispuso que laborara a tiempo completo en el Área de Facturación, en virtud al Memorándum 022-DF-OA-GRAPUNO-ESSALUD-2016.

14. Sin embargo, pese lo señalado en la referida cláusula contractual, se advierte del Memorándum 003-AF-HP-ESSALUD-2016, la Carta 088-AF-HP-ESSALUD-2016, el Informe 001-2017-RMRG-AF y los documentos denominados "liquidación de prestaciones asistenciales" (fs. 22 a 31), que el actor fue rotado para prestar servicios



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

en un cargo y área distinta a la del trabajador suplido realizando, en consecuencia, funciones diferentes a las de profesional "contador público P-2" en la Gerencia de Red de la Red Asistencial Puno (f. 5); lo cual conllevó a la desnaturalización de los contratos de trabajo suscritos entre las partes, configurándose una relación de trabajo a plazo indeterminado.

15. Siendo así, resulta manifiesto que la entidad demandada utilizó la referida modalidad contractual con el propósito de simular una relación laboral de naturaleza temporal (suplencia); por lo que se ha incurrido en la causal de desnaturalización del contrato prevista en el inciso "d" del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, debiendo ser considerado, entonces, como un contrato de trabajo a plazo indeterminado.
16. En ese sentido, en virtud del inciso d) del artículo 77 del mismo cuerpo legal, debe concluirse que los contratos de trabajo sujetos a modalidad en cuestión se han desnaturalizado. No obstante, debe tenerse en cuenta: lo expuesto en el aludido precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC (que tiene como fundamento el artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público), que exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el respectivo demandante ingresó o no, mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.
17. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recalcar lo establecido en el precedente emitido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, en sus fundamentos 18, 21, 22 y 23, que en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó en la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.
18. En ese sentido, se advierte del aviso de convocatoria del proceso de selección 002-SUP-RAPUN-2016 (f. 3) y de la cláusula segunda del contrato de trabajo 037-DRRRHH-GRAPUNO-EsSALUD-2016 (f. 11), que el demandante ingresó mediante un concurso público, para ejercer el cargo de "contador público P-2", bajo un contrato sujeto a modalidad por suplencia y no de duración indeterminada.
19. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que la pretensión de la parte demandante debe ser declarada improcedente en esta sede constitucional. De otro lado, y atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con posterioridad a la publicación de la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, no corresponde remitir el expediente al juzgado de origen para que proceda a reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral, conforme se dispone



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

en el fundamento 22 de la precitada sentencia; más sí ordenar que se verifique lo pertinente con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionada en el fundamento 20 del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

20. Con relación a las remuneraciones dejadas de percibir, este Tribunal ha establecido que dicha pretensión, al no tener naturaleza restitutoria, debe declararse improcedente.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia expedida en autos, discrepo de su fundamentación.

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

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

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

De otro lado, desde que la sentencia realiza el análisis de procedencia de la demanda en virtud del precedente Elgo Ríos (Expediente 02383-2013-PA/TC), me remito al voto singular que suscribí entonces.

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

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

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).
4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

[...] 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 que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02158-2019-PA/TC
PUNO
RAMIRO MARCIAL ROQUE GONZALES

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

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

S.

FERRERO COSTA

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