



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 121/2021

EXP. N.º 00732-2019-PA/TC

HUÁNUCO

JOHAN KARINA TRUJILLO BASHI

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de enero de 2021, 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 00732-2019-PA/TC.

El magistrado Sardón de Taboada formuló fundamento de voto.

Asimismo, el magistrado Ferrero Costa formuló voto singular.

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

La Secretaría del Pleno deja constancia 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



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de enero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada, y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Blume Fortini, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Johan Karina Trujillo Bashi contra la resolución de fojas 577, de fecha 1 de setiembre de 2015, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que declaró nulo todo lo actuado hasta la admisión de la demanda de amparo y dispuso se reconduzca al proceso ordinario laboral.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de noviembre de 2013, la recurrente interpone demanda de amparo contra EsSalud Red Asistencial Huánuco, a fin de que se deje sin efecto el despido incausado del cual ha sido objeto; y que, en consecuencia, se disponga su reposición en el cargo que venía desempeñando. Manifiesta que laboró desde el 1 de noviembre de 2009 hasta el 30 de setiembre de 2013, y que suscribió contrato de trabajo sujeto a modalidad de naturaleza accidental (suplencia) en reemplazo del trabajador titular don Marco Antonio Luján Pachas, quien se desempeñaba como médico pediatra – Nivel P-2, dado que este último asumió temporalmente la jefatura del servicio asistencial del Hospital Base II, en Huánuco.

Asimismo, afirma que su contrato de trabajo de suplencia se desnaturalizó por cuanto en este se consignó que ocuparía el cargo de médico – Nivel P-1, pese a que el trabajador titular es médico pediatra con Nivel P-2. Refiere también que don Marco Antonio Luján Pachas dejó la jefatura del servicio asistencial del Hospital Base II, en Huánuco que se le encargó el 11 de julio de 2011, no obstante, la actora siguió laborando, y recién el 30 de julio de ese año se suscribió una adenda en la que se indicaba que pasaría a suplir a don Manuel Carlos Enríquez Martínez desde esa fecha, pues había asumido la referida jefatura.

Sostiene que desde que ingresó en el año 2009, nunca laboró como médico pediatra sino como médico general, que era diferente al cargo desempeñado por el trabajador titular (medico pediatra), alega que la demandada incurrió en simulación y fraude, pues su contrato de trabajo temporal y sus respectivas adendas se han



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00732-2019-PA/TC
HUÁNUCO
JOHAN KARINA TRUJILLO BASHI

desnaturalizado. Señala que al haber sido cesada mediante Carta 1097-D-RHAU-ESSALUD-2013, de fecha 16 de setiembre de 2013, aduciendo el vencimiento del plazo contractual, se está afectando sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

El apoderado de EsSalud contesta la demanda y señala que el contrato de la actora ha concluido conforme a la causal de extinción prevista en el artículo 16, inciso c) del Decreto Supremo 003-97-TR, pues este finalizó por vencimiento del plazo contractual. Refiere que no está acreditado que se haya producido la desnaturalización del contrato de trabajo de suplencia, pues la actora fue contratada para efectuar las labores de médico, tal cual las efectuaba el trabajador titular, siendo que como parte de sus responsabilidades también era desarrollar labores administrativas.

El Primer Juzgado Mixto de Huánuco, mediante Resolución 5, de fecha 7 de marzo de 2014, declaró fundada la demanda (fojas 377). La Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huánuco expide la Resolución 11, declarando la nulidad de la Resolución 5 y ordenando al *a quo* que vuelva a emitir sentencia (fojas 447).

Mediante Resolución 16, de fecha 29 de abril de 2015, se declaró fundada la demanda por estimar que se ha acreditado que los contratos suscritos entre ambas partes se han desnaturalizado en un contrato a plazo indeterminado por haberse producido fraude en la contratación sujeta a modalidad de conformidad con lo dispuesto en los incisos a) y d) del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, pues si bien se contrató a la actora para suplir a un trabajador estable, esta desempeñó otras funciones, en una plaza distinta y continuó laborando aun cuando el trabajador titular ya no ocupaba la encargatura en mérito del cual dejó temporalmente la plaza de médico del que es titular y que dio pie a la contratación por suplencia de la actora (fojas 487).

La Sala superior revisora a través de la Resolución 21, declaró nula la Resolución 16, y nulo todo lo actuado hasta la resolución que admitió a trámite la demanda. El *ad quem* consideró que en aplicación del precedente Huatuco (Sentencia 5057-2013-PA/TC), el juzgado debía remitir la demanda al proceso ordinario laboral, en el cual la recurrente deberá adaptar su demanda y solicitar la indemnización que corresponda (fojas 577).

La actora interpuso recurso de agravio constitucional contra la resuelto por el superior jerárquico. Este fue declarado improcedente mediante Resolución 23. Ante ello, la demandante interpuso recurso de queja. Y a través del auto de fecha 6 de noviembre de 2018 (Expediente 0198-2015-Q/TC), el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de queja y dispuso que el *ad quem* conceda el recurso de agravio constitucional contra la Resolución 21 (fojas 593, 602, 613 y 871).



FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La recurrente solicita ser repuesta en el cargo que venía desempeñando como trabajadora a plazo indeterminado. Manifiesta que los contratos modales de suplencia que celebró con la emplazada se han desnaturalizado, más aún si ocupó un cargo distinto a la del trabajador titular y además porque continuó laborando aun cuando el trabajador titular ya no ocupaba la jefatura que se le había encargado y por ende debía regresar a su plaza titular. Alega que se vulneraron sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.

Procedencia de la demanda

2. Cabe señalar que, a la fecha de interposición de la demanda (7 de noviembre de 2013), en el distrital judicial de Huánuco, aún no se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo. En ese sentido, y en atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidas en reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se considera que, en el presente caso, corresponde evaluar si la recurrente ha sido objeto de un despido arbitrario, conforme señala en su demanda.

Reglas establecidas en el precedente de la Sentencia 05057-2013-PA/TC

3. En la Sentencia 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de junio de 2015, este Tribunal estableció en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, 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. 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*, cuyas pretensiones no cumplan el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso en 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. fundamento 20 de la Sentencia 05057-2013-PA/TC).

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

4. La actora alega haber suscrito un contrato de trabajo sujeto a modalidad (suplencia) en reemplazo del trabajador titular quien se desempeñaba como médico Nivel P-2; sin embargo, en el contrato se consignó que ocuparía el cargo de médico Nivel P – 1, y que en el desempeño de sus funciones, refiere que fue designada a un cargo diferente al que corresponde al trabajador titular por lo que se ha producido la desnaturalización de su contrato modal, más aún si pese a que el trabajador titular dejó la encargatura de jefe que se le otorgó temporalmente, la actora continuó laborando en virtud al contrato suscrito en el año 2009.

Alega que en su caso existe simulación y fraude a las normas de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y, por consiguiente, afectación de su derecho al trabajo.

Argumentos de la parte demandada

5. La emplazada argumenta que la relación laboral con la demandante feneció conforme a la última adenda y que ello constituye un ejercicio legal de conclusión contractual que extingue el contrato de trabajo modal. Asimismo, expone que no hubo desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a la modalidad de suplencia, y que la asignación de funciones diferentes a la actora obedece estrictamente a las necesidades del servicio, conforme se desprende del contrato de trabajo suscrito y a las obligaciones que corresponde asumir a los trabajadores de la entidad.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

6. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”. Asimismo, el artículo 27 señala que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
7. El artículo 61 del Decreto Supremo 003-97-TR prescribe que el contrato de trabajo sujeto a modalidad por 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. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias. En tal caso, el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia. 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”.

8. Conforme al artículo 77 del decreto precitado: “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido; (...) c) Si el titular del puesto sustituido no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continúa laborando”.
9. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, 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 ser reincorporado mediante un contrato a plazo indeterminado quien no ingresa por concurso público.
10. En el presente caso, de lo alegado por ambas partes se desprende que la actora suscribió un contrato de trabajo sujeto a modalidad (suplencia) del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2009 (fojas 26 a 45, 470), el cual fue prorrogado de manera ininterrumpida hasta el 30 de setiembre de 2013, fecha en la cual fue cesada en mérito a lo señalado en la Carta 1097-D-RHAU_ESSALUD-2013, de fecha 16 de setiembre de 2013 (fojas 24).
11. Del contrato 049-RAHU-ESSALUD-2009 se verifica que la actora fue contratada en el año 2009 para suplir al trabajador titular don Marco Antonio Luján Pachas, indicándose en la cláusula primera que labora como médico y que se venía desempeñando en el cargo de jefe de Servicio Asistencial en condición de encargado. Asimismo, en la cláusula segunda establece: “[...] ESSALUD contrata a plazo fijo bajo la modalidad de SUPLENCIA, los servicios de LA CONTRATADA en el cargo de MEDICO, Nivel P-1, para que labore en el Hospital Base II Huánuco de la Red Asistencial Huánuco en razón de las causas descritas en la cláusula primera” (fojas 44).
12. Sin embargo, a fojas 105 de autos se corrobora que el trabajador titular don Marco Antonio Luján Pachas tenía un contrato a plazo indeterminado con la emplazada, indicándose que laboraría en el cargo de médico en la especialidad de pediatría,



Nivel P-2. Es decir, lo señalado en el contrato del trabajador titular no se condice con lo expuesto en la citada cláusula segunda del contrato de trabajo bajo la modalidad de suplencia suscrito por la actora.

13. De otro lado, se ha podido comprobar en autos que la actora desempeñó, además, otras funciones, ocupando puestos distintos al del trabajador titular suplido. Así tenemos que, en el Memorándum 00 CAPS-RAHU-ESSALUD-2010, de fecha 28 de agosto de 2010, se consigna que la recurrente asumiría por encargo “[...] la Coordinación de Atención Primaria de La Red Asistencial Huánuco y del Hospital Base II con todas las funciones inherentes al cargo y bajo responsabilidad a partir del día 01 de setiembre hasta mi retorno” (fojas 108). Lo mismo ocurre en la Carta 27-MC-DM-D-RAHU-EsSalud-11, de fecha 8 de junio de 2011, y el Memorándum N 01 -MC.RAHU.ESSALUD-2012, por los cuales se encarga a la demandante las funciones de médico de control durante el 9 y 10 de junio de 2011 (fojas 110) y del 23 al 31 de enero de 2012 (fojas 111), Memorándum N 1 -MC.D-ESSALUD-2012, del 26 al 31 de marzo de 2012 (fojas 112), entre otros, que obran de fojas 113 a 118. Así también, a fojas 119 obra la Carta N 0192-JSI-JADT-DM-RAHU-ESSALUD 12, de fecha 6 de diciembre de 2012, que dispone encargar a la recurrente la Jefatura del Servicio de Imagenología del 7 de diciembre de 2012 al 5 de enero de 2013. Finalmente, de fojas 121 a 123, se acredita que la demandante estuvo, a su vez, realizando funciones de médico auditor.
14. Este Tribunal también advirtió que según la adenda al Contrato 049-RAHU-ESSALUD 2009, que obra a fojas 37, el trabajador titular, don Marco Antonio Luján Pachas, –a quien ingresó a suplir la actora en el año 2009–, dejó el encargo de jefe del servicio asistencial del Hospital Base II - Huánuco, el 15 de junio de 2011; sin embargo, recién el 30 de ese mes y año se regularizó la situación contractual de la actora, indicándose que pasaría a suplir a otro trabajador titular, don Manuel Carlos Martínez Enríquez, quien habría asumido la referida jefatura desde el día 16. De ello, se corrobora que la propia emplazada reconoce que la actora continuó laborando aun cuando el trabajador titular suplido (Marco Antonio Luján Pachas), ya no tenía la encargatura que había originado el contrato de trabajo bajo la modalidad de suplencia, y que solo varios días después de ocurrido ello se suscribió una adenda indicando que la actora supliría a otro trabajador titular (Manuel Carlos Martínez Enríquez).
15. Por ello, atendiendo al fundamento 13 y 14 *supra*, ha quedado demostrado que la demandada utilizó la referida modalidad contractual de suplencia como una fórmula vacía, con el propósito de simular una relación laboral de naturaleza temporal; por lo que, en armonía con el artículo 77, inciso c) del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de



Productividad y Competitividad Laboral, se han desnaturalizado los contratos de trabajo sujetos a modalidad. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- i) el aludido precedente de la Sentencia 05057-2013-PA/TC (que se sustenta en el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público) exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si los respectivos actores ingresaron o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y,
 - ii) en el caso de autos, conforme se desprende de la demanda y sus recaudos, la accionante no ingresó mediante dicho tipo de concurso público para una plaza vacante e indeterminada.
16. 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 anterioridad a la publicación de la Sentencia 05057-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, corresponde remitir el expediente al juzgado de origen para que proceda a reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral, conforme se dispone en el fundamento 22 de la precitada sentencia; y ordenar que se verifique lo pertinente con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionada en el fundamento 20 del precedente contenido en la Sentencia 05057-2013-PA/TC.
17. Finalmente, debe subrayarse que se advierte de autos que, con posterioridad a la remisión de la queja al Tribunal Constitucional, el Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, mediante Resolución 39, de fecha 6 de julio de 2017, remitió los actuados al juzgado laboral en mérito a lo dispuesto en la Resolución 21. Es así que el Juzgado Laboral asumió competencia mediante Resolución 40, y luego mediante Resolución 47 dispuso rechazar la demanda laboral y ordenar su archivo por cuanto consideró que en el plazo otorgado la demandante no adecuó su demanda conforme a lo señalado en la Resolución 21 emitida por la Sala Superior Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco (fojas 754, 851, 863 y 864). Sin embargo, al haber estado aún pendiente que este Tribunal resuelva el recurso de agravio constitucional interpuesto contra la Resolución 21, corresponde que se remita nuevamente los actuados al juez ordinario a fin de que proceda conforme a lo expuesto en el fundamento *supra*.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00732-2019-PA/TC
HUÁNUCO
JOHAN KARINA TRUJILLO BASHI

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.
2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, a fin de que proceda conforme se dispone en los fundamentos 20 y 22 del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

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 00732-2019-PA/TC
HUÁNUCO
JOHAN KARINA TRUJILLO BASHI

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.

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 00732-2019-PA/TC
HUÁNUCO
JOHAN KARINA TRUJILLO BASHI

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.

S.

SARDÓN DE TABOADA



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00732-2019-PA/TC
HUÁNUCO
JOHAN KARINA TRUJILLO BASHI

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.