



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 486/2021

EXP. N.º 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 2 de marzo de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por unanimidad, la siguiente sentencia que resuelve declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 01175-2017-PA/TC.

Asimismo, los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada formularon fundamentos de voto.

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 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de marzo 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; y los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Gladys Nelly Berríos Paredes contra la resolución de fojas 338, de fecha 9 de julio de 2015, expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nazca de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de diciembre de 2013, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Nazca. Solicita que se ordene su reposición en el puesto de policía municipal que desempeñaba, por haber sido víctima de un despido arbitrario, y que se le incluya en la planilla de obreros municipales, con el abono de los costos del proceso.

Manifiesta que laboró como policía municipal desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2013, fecha en que no se le dejó ingresar a su centro de trabajo. Alega que aun cuando laboró bajo la modalidad de locación de servicios, en aplicación del principio de primacía de la realidad en los hechos se configuró una relación laboral de naturaleza indeterminada, porque realizó labores de manera permanente y subordinada, por las que percibía una remuneración, y además cumplía un horario de trabajo. Por tanto, aduce que solo podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral. Asevera que se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.

Con fecha 16 de enero de 2014 la entidad emplazada contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente, arguyendo que no se le puede reponer a la demandante sin haber mediado concurso para su ingreso, y menos aún sin que exista una plaza vacante debidamente presupuestada. Señala también que entre la Municipalidad Provincial de Nasca y la accionante solo ha existido una relación de naturaleza civil para el apoyo en la campaña de Educación y Prevención en Seguridad Ciudadana, en el mejoramiento de los niveles de recaudación tributaria en la zona urbana y para prestar apoyo en el proyecto “Ampliación de las áreas verdes de la Av. Paredones, Parques y Jardines del distrito de Nasca”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

El Juzgado Especializado Civil de Nasca, mediante Resolución 4 de fecha 9 de marzo de 2015, declaró fundada la demanda, por considerar que se ha acreditado que la actora prestó servicios personales, remunerados y bajo subordinación, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, su contratación no es civil sino laboral, debiendo ser entendida a plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedida por causa derivada de su conducta o capacidad laboral que lo justifique, lo que no ha ocurrido en el caso de auto, por lo que, a su juicio, se ha vulnerado el derecho al trabajo, al haber sido despedida arbitrariamente.

La Sala Superior revisora, mediante Resolución 12, de fecha 9 de julio de 2015, declaró nula la sentencia de primera instancia y ordenó la remisión del proceso al Juzgado Laboral, a fin de que reconduzca la demanda a la vía ordinaria laboral, por considerar que, si bien se ha determinado la desnaturalización de los contratos, la demandante no ingresó mediante concurso público, por lo que en aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, no procede su reposición a su centro de labores, dada la exigencia de la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En consecuencia, concluyó que corresponde la reconducción de la demanda a la vía ordinaria laboral, a fin de que la actora solicite la indemnización correspondiente.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo con el artículo 5, inciso 3 del Código Procesal Constitucional: "(...) no proceden los procesos constitucionales cuando el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional"; en ese sentido, en el presente caso la referida causal de improcedencia no resulta aplicable por cuanto la accionante adecuó su demanda de indemnización de daños y perjuicios en la vía ordinaria laboral el 4 de noviembre de 2015, después de haber interpuesto la demanda de autos.
2. A fojas 330 de autos se advierte que la recurrente modificó su demanda de amparo a una demanda de indemnización por daños y perjuicios de fecha 4 de noviembre de 2015, que se siguió en un proceso laboral contra la entidad emplazada ante el Juzgado Laboral Sede Fermín de Nasca, signado con el Expediente 00224-2015-0-1409-JR-LA-01, solicitando una indemnización por despido arbitrario. Dicha demanda fue declarada fundada en parte en primera instancia (fojas 362) y, fue confirmada en segunda instancia mediante Resolución N.º 22 (fojas 378). Finalmente, mediante Resolución 23, se dispuso que la entidad demandada cumpla con lo ejecutoriado al haber adquirido la sentencia de vista la condición de firme (fojas 384).
3. Este Tribunal en uniforme jurisprudencia ha señalado que de conformidad con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador, vigente en el Perú desde el 27 de mayo de 1995, la indemnización es uno de los modos mediante



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

los cuales, a su libre elección, el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente. Dicho criterio ha sido recogido por la Sentencia 03052-2009-PA/TC, en la que se ha establecido que "[e]ste criterio resulta adecuado pues si el trabajador acepta la indemnización por despido, acepta la protección que le brinda el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sin que pueda luego pretender la vía de la reposición por ser una pretensión contradictoria (...)".

4. En consecuencia, habiendo sido acogida la pretensión indemnizatoria por despido arbitrario de la demandante en la vía ordinaria laboral, la demanda de amparo debe ser desestimada.
5. Finalmente, conviene llamar la atención sobre un tema de especial cuidado por parte de los jueces al momento de tramitar los procesos constitucionales. Como se advierte a fojas 338 de autos, obra la Resolución 12, de fecha 9 de julio de 2015, de la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca, que declaró nula la sentencia de primera instancia y dispuso la remisión del proceso al Juzgado Laboral a efectos de que reconduzca la demanda en la vía ordinaria laboral, frente a lo cual se interpuso un recurso de agravio constitucional, el cual fue declarado improcedente mediante Resolución 13 de fecha 6 de agosto de 2015 (fojas 352). Contra esta resolución la accionante interpuso un recurso de queja, mediante escrito de fecha 18 de agosto de 2015. Sin embargo, se observa que mediante Resolución 15 de fecha 22 de setiembre de 2015, el Juzgado Civil y Familia de la Sede Fermín dispuso la reconducción del proceso a la vía ordinaria como un proceso de indemnización por daños y perjuicios, pese a que se encontraba en trámite el recurso de queja interpuesto por la demandante, el cual estaba pendiente de pronunciamiento. Como puede observarse, ha existido aquí un accionar negligente por parte de los jueces de primera y segunda instancia al disponer la reconducción del proceso, obviando el recurso de queja interpuesto, situación que afecta la garantía del debido proceso de la demandante.
6. En consecuencia, este Tribunal estima pertinente, aun cuando el artículo 139, inciso 2 de la Constitución garantiza la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, invocar al juez del Juzgado Civil y de Familia de la Sede Fermín y a los miembros de la Sala Mixta Y Penal de Apelaciones de Nasca de la Corte Superior de Justicia de Ica a guardar mayor celo en el desempeño de su actividad jurisdiccional, a efectos de no afectar el debido proceso en el trámite de los procesos constitucionales.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

PONENTE RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto 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 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

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 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

[...] 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 indemnización ³.

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 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

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 01175-2017-PA/TC
ICA
GLADYS NELLY BERRÍOS
PAREDES

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