



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 358/2021

EXP. N.º 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 25 de febrero de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que resuelve declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 03487-2019-PA/TC.

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

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
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de febrero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada. Sin la participación del magistrado Blume Fortini por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Flor Mercedes Vásquez Canales contra la sentencia de fojas 1389, de fecha 25 de junio de 2019, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Callao, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de octubre de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Red Asistencial Sabogal EsSalud, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia General 1334-GG-ESSALUD-2011, de fecha 5 de setiembre de 2011; y que, en consecuencia, se ordene su reposición laboral en la plaza de profesional I en la Oficina de Recursos Humanos u otra equivalente, con el mismo nivel y remuneración.

Manifiesta que prestó servicios como profesional I en la plaza 6700220S, en la Oficina de Recursos Humanos del 2 al 23 de noviembre de 2006, en virtud de un contrato laboral a plazo indeterminado. Agrega que mediante Resolución de Gerencia General 794-GG-ESSALUD-2006, de fecha 24 de noviembre de 2006, se le asignó en el cargo de jefa de la Oficina de Asuntos Jurídicos. Posteriormente, debido a la modificación de la estructura de la Red Asistencial Sabogal, mediante Resolución de Gerencia General 749-GG-ESSALUD-2008 de fecha 18 de junio de 2008, se dio por concluida dicha designación, y fue asignada al cargo de jefe de Oficina I de la Oficina Jurídica.

Alega que la Resolución de Gerencia General 1334-GG-ESSALUD-2011, de fecha 5 de setiembre de 2011, dispuso retirarle la confianza y prescindir de sus servicios sin considerar que previamente laboraba en la Oficina de Recursos Humanos en el cargo de profesional I; con lo cual se habría configurado un despido arbitrario. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso.

El gerente de la Red Asistencial Sabogal deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda. Refiere que la demanda deviene en improcedente toda vez que no se puede pretender que a la demandante se le reconozca un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

puesto de trabajo al que no accedió en la forma legal establecida. Asevera que no existen documentos que acrediten que la demandante ingresó a laboral con fecha 2 de noviembre de 2006, mas sí a partir del 9 de noviembre de ese año, pues dicha fecha coincide con el día en el cual la actora fue propuesta para ocupar una plaza en la jefatura de Asesoría Jurídica de la Red Asistencial Sabogal. Agrega que la plaza 6700220S de profesional I le fue transferida a un servidor que fue reincorporado en atención a la Ley 27803.

El Tercer Juzgado en lo Civil del Callao, con fecha 31 de mayo de 2018, declaró fundada la demanda, por considerar que es posible verificar que la demandante laboró para la emplazada durante el periodo comprendido del 2 al 24 de noviembre de 2006, percibiendo una remuneración y bajo subordinación. Agrega que al presente caso no correspondía aplicarle el precedente establecido en la Sentencia 05057-2013-PA/TC.

La Sala superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró infundada la demanda, por estimar que los medios probatorios presentados no acreditan que la demandante haya ingresado a laborar a una plaza común antes de su designación como trabajadora de confianza.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia General 1334-GG-ESSALUD-2011, de fecha 5 de setiembre de 2011; y que, en consecuencia, se ordene su reposición laboral en la plaza de profesional I en la Oficina de Recursos Humanos u otra equivalente, con el mismo nivel, remuneración y en el lugar del domicilio.

Consideraciones previas

2. Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial del Callao y que la demanda fue presentada el 10 de octubre de 2011, esto es, cuando no se había implementado la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497 en dicho distrito judicial. Entonces, en la medida que la demanda se interpuso antes de que existiera una vía procesal idónea para proteger el derecho constitucional al trabajo, conforme con lo establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC (Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional de amparo es la idónea para resolver la controversia.

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

3. La actora alega que prestó servicios como profesional I - en la plaza 6700220S - en la Oficina de Recursos Humanos del 2 al 23 de noviembre de 2006, en virtud de un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

contrato laboral a plazo indeterminado. Agrega que mediante Resolución de Gerencia General 794-GG-ESSALUD-2006, de fecha 24 de noviembre de 2006, se le designó en el cargo de jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos. Posteriormente, debido a la modificación de la estructura de la Red Asistencial Sabogal, mediante Resolución de Gerencia General 749-GG-ESSALUD-2008 de fecha 18 de junio de 2008, se dio por concluida dicha designación, asignándole el cargo de jefe de Oficina I de la Oficina Jurídica.

4. En ese sentido, alega que la Resolución de Gerencia General 1334-GG-ESSALUD-2011, de fecha 5 de setiembre de 2011, dispuso retirarle la confianza y prescindir de sus servicios, sin considerar que previamente laboraba en la Oficina de Recursos Humanos en el cargo de profesional I; con lo cual se habría configurado un despido arbitrario. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso.

Argumentos de la parte demandada

5. La emplazada alega que no se puede pretender que a la demandante se le reconozca un puesto de trabajo al que no accedió en forma legal establecida, más aún si en la fecha en la que refiere haber iniciado sus labores (2 de noviembre de 2006) no existen los documentos de personal a los que la demandante hace referencia en su demanda; mas sí a partir del 9 de noviembre de 2006, fecha que coincide con el día en que la actora fue propuesta para ocupar una plaza en la jefatura de asesoría jurídica de la Red Asistencial Sabogal, esto es, un cargo de confianza. Agrega que la plaza de profesional I le fue transferida a un servidor que fue reincorporado en atención a la Ley 27803.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

6. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona”; mientras que el artículo 27 de la Carta Magna preceptúa: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
7. De acuerdo con lo previsto en el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.
8. Por otro lado, según lo dispuesto por el artículo 59 del Decreto Supremo 001-96-TR, para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

correspondiente. Asimismo, el artículo 60 del mencionado reglamento prescribe que la calificación de los puestos de confianza "es una formalidad que debe observar el empleador"; sin embargo, "su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada ésta se acredita", debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto.

9. Con relación al retiro de la confianza como causal de extinción del contrato de trabajo, debe señalarse que este Tribunal, en el fundamento 19 de la Sentencia 03501-2006-PA/TC ha precisado que: "(...) si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, al retirársele la confianza depositada retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución".
10. Corresponde determinar entonces si la demandante, antes de desempeñar el cargo de jefa de la Oficina I de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Red Asistencial Sabogal, realizaba labores ordinarias, o si sólo fue contratada para asumir un cargo de confianza.
11. Conforme se aprecia de autos, mediante Resolución de Gerencia General 794-GG-ESSALUD-2006, de fecha 24 de noviembre de 2006, se le asignó el cargo de jefa de la Oficina de Asuntos Jurídicos (f. 196,169 y 141). Posteriormente, mediante la Resolución de Gerencia General 749-GG-ESSALUD-2008, de fecha 18 de junio 2008, se le asignó el cargo de jefe de la Oficina I de la Oficina de Asesoría Jurídica, nivel ejecutivo 5 (f. 199). Finalmente, mediante Resolución de Gerencia General 1334-GG-ESSALUD-2011, de fecha 5 de setiembre de 2011, se dispuso retirarle la confianza, dejando sin efecto la Resolución de Gerencia General 749-GG-ESSALUD-2008 (f. 207).
12. Ahora, la demandante asevera a lo largo del proceso que, antes de ocupar los cargos de confianza que le fueron asignados (jefa de la Oficina de Asuntos Jurídicos y jefe de la Oficina I de la Oficina de Asesoría Jurídica), se desempeñó como profesional I en la oficina de Recursos Humanos, durante el periodo comprendido del 2 al 23 de noviembre de 2006, previo concurso convocado por la sede central; por lo que le correspondería retornar a ese mismo cargo. Sin embargo, dicha afirmación ha sido negada por la parte emplazada (fs. 267 y 476).
13. Al respecto, en autos existen diversos documentos que se contradicen en cuanto a la fecha de ingreso de la demandante. En efecto, de acuerdo con lo manifestado por el jefe de la Oficina de Recursos Humanos en el Acta de verificación de despido arbitrario (f. 210), la Carta 152-ORRHH-OADM-G-RAS-ESSALUD-2016 de fecha 21 de enero 2016 (f. 1312) y el escrito de demanda (f. 267), la actora habría ingresado a laborar el 24 de noviembre de 2006, para ocupar un cargo de confianza. Por otro lado, de la constatación policial (f. 209), el consolidado de beneficios sociales (f.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

218) y la Carta 1952-ORRHH-OADM-G-RAS-ESSALUD-2011, de fecha 13 de setiembre de 2011 (f. 213), se aprecia que la demandante inició sus labores el 2 de noviembre de 2006; incluso de los folios denominados "documentos recibidos por la Oficina de Recursos Humanos - Red Asistencial Sabogal 2006" figuraría el nombre de la actora (fs. 4 a 102).

14. Este Tribunal advierte que, si bien los medios probatorios de autos no permiten generar convicción respecto a que la actora haya desempeñado el cargo de profesional I en la Oficina de Recursos Humanos por el periodo comprendido del 2 al 23 de noviembre de 2006, corresponde precisar que aun de haberse comprobado en autos que se desempeñó en el referido cargo durante dicho periodo, la actora no habría superado el periodo de prueba regulado en el artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo 728:

Artículo 10º.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.
(...)

En consecuencia, luego del retiro de la confianza efectuada por la parte demandada, no existía la obligación de que la demandante retorne al cargo anterior.

15. Por tanto, el Tribunal Constitucional estima que la pretensión de la parte demandante debe ser declarada infundada en esta sede constitucional, pues no se ha acreditado la vulneración de sus derechos constitucionales.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

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 del empleo (artículo 58).

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 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

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 indemnización ³.

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 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

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 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

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 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

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 03487-2019-PA/TC
CALLAO
FLOR MERCEDES VÁSQUEZ
CANALES

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.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA