Pleno. Sentencia 295/2021

EXP. N.° 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 18 de febrero de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini (con fundamento de voto) y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración de sus derechos al derecho al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso; en consecuencia, NULA la Carta de fecha 1 de agosto de 2016 y NULO el despido del cual ha sido objeto el accionante.
2. **ORDENAR** que la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU) reponga a don Hilton César Herrera Lévano, como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos procesales.

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

Los magistrados Ferrero Costa (quien votó en fecha posterior) 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
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

GACETA JURIDICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de febrero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional; con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, que se agregan. Se deja constancia de que los magistrados Ferrero Costa y Ramos Núñez votarán en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Hilton César Herrera Lévano contra la resoluciónde fojas 700, de fecha 7 de febrero de 2017, expedida por la Sala Superior Mixta de Chincha de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de agosto de 2016 a fojas 480, el recurrente interpuso demanda de amparo contra Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU) a fin de que se declare la nulidad de la Carta de fecha 1 de agosto de 2016, se deje sin efecto el despido arbitrario del cual ha sido objeto por tener la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 6; y en consecuencia, se disponga su reincorporación en el cargo de cobrador de peaje de la Estación de Peaje Ica-Villacuri. Solicita, además, que se declare inaplicable el artículo 34, segundo párrafo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Decreto Supremo 003-97-TR, más el pago de los costos del proceso.

Manifiesta haber realizado labores del 20 de setiembre de 2005 al 2 de agosto de 2016, como cobrador de peaje, y sin que exista causa justa alguna derivada de su capacidad o conducta laboral, la entidad emplazada procedió a la extinción de su vínculo laboral de manera unilateral y arbitraria. Refiere que tenía la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial N.º 06-Opecovi pero que fue despedido conjuntamente con otros 15 afiliados, con la finalidad de promover la desafiliación de los trabajadores, evidenciándose un acto de discriminación sindical, logrando la emplazada con dicho accionar que solo cuenten con 18 afiliados al sindicato afectando con ello gravemente

GACETA JURIDICA

la continuidad del sindicato pues conforme a la Ley de Relaciones Colectivas se requiere contar por lo menos con 20 trabajadores.

Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al derecho al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso. Por último, agrega que el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 de Opecovi, en la actualidad tiene en trámite dos procesos judiciales (Expedientes 22261-2013 y 22411-2013) sobre desnaturalización del contrato de locación de servicios de operación (tercerización) entre COVIPERU y OPECOVI.

El Juzgado Especializado Civil de Chincha, con fecha 1 de setiembre de 2016, fojas 554, declaró improcedente la demanda de amparo por estimar que la pretensión del demandante podría ser resuelta en la vía del proceso ordinario laboral, por constituir una vía igualmente satisfactoria, siendo aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

La Sala Superior revisora, con fecha 7 de febrero de 2017, a fojas 700, confirma la apelada por similar argumento, agregando que, lo requerido por el accionante (reposición laboral), no puede ser dilucidado mediante el proceso de amparo de conformidad con la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC.

A fojas 709, se interpone Recurso de Agravio Constitucional, con fecha 3 de abril de 2017, bajo los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante señala que en su condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi, fue despedido sin causa justa por la demandada, motivo por el cual solicita su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando como cobrador de peaje de la Estación de Peaje Ica-Villacuri - Chincha, y la inaplicación del segundo párrafo del artículo 34 del Decreto supremo 003-97-TR, más el pago de los costos del proceso.

2. Alega que su despido responde a que mediante proceso judicial Expediente 22411-2013, (sobre desnaturalización de tercerización) se reconoció el vínculo laboral entre la Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU) y 31 trabajadores, dentro de los que se incluye al ahora

GACETA JURIDICA

accionante (representados por el Sindicato antes referido). Afirma que se vulneraron sus derechos constitucionalesal derecho al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso.

Cuestión previa

3. El Tribunal Constitucional, mediante auto de fecha 20 de octubre de 2020, admitió a trámite la demanda de amparo y confirió 10 días hábiles para que la demandada ejerza su derecho de defensa. En tanto ha ocurrido ello, corresponde pronunciarnos sobre el fondo de la controversia.

Procedencia de la demanda

4. Cabe mencionar que a la fecha de interposición de la presente demanda (11 de agosto de 2016), ya se encontraba en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Ica, por lo que, en el referido distrito judicial 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 (caso Elgo Ríos).

5. Sin embargo, atendiendo a que en el caso de autos se pone de manifiesto la *urgencia de la tutela jurisdiccional requerida*, al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria, dado que el accionante al momento del despido tenía la condición *de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi*, este Tribunal estima que el proceso de amparo resulta ser la vía idónea para determinar si Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU) vulneró o no los derechos constitucionales alegados por el recurrente.

Análisis de la controversia

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”. Mientras que el artículo 27 de la Carta Magna señala que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

7. Por su parte, el artículo 28 de la Constitución de 1993 señala: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

GACETA JURIDICA

1) Garantiza la libertad sindical (...)" (énfasis agregado).

8. En lo que concierne al desarrollo de esta última norma constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 0008-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de precisar los alcances de la libertad sindical, en armonía con los tratados internacionales sobre la materia. Así, este derecho fundamental, definido como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, se manifiesta en dos planos: (i) la libertad sindical intuito personae, que comprende, en su faceta positiva, el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos y, en su faceta negativa, el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical; (ii) la libertad sindical plural, la misma que plantea tres aspectos: 1) ante el Estado (comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical); 2) ante los empleadores (comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales); y, 3) ante las otras organizaciones sindicales (comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.) (énfasis agregado).

9. En el ámbito internacional y en el terreno laboral, el Convenio de la OIT 151, sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, suscrito y ratificado por el Perú; y el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva, han previsto en sus textos preceptos que pretenden precisamente brindar protección a los trabajadores en el ejercicio de su derecho a la libertad sindical, protegiéndolos ante posibles actos de discriminación o actos que los perjudiquen por causa precisamente de tener afiliación sindical (sentencia emitida en el Expediente 8330-2006-PA/TC, fundamento jurídico 4).

10. De forma complementaria, conviene traer a colación lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT con relación a la libertad sindical:

> "Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo -tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales- y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan

GACETA JURIDICA

> en el sindicato. El Comité ha estimado que tal garantía, en el caso de dirigentes sindicales, es también necesaria para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores han de contar con el derecho de escoger a sus representantes con plena libertad" (La libertad sindical. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición (revisada) 2006) (énfasis agregado) (STC N.° 08330-2006-PA/TC).

Objetivos de las organizaciones sindicales

11. Por otro lado, es necesario resaltar que las organizaciones sindicales al representar al conjunto de trabajadores de su ámbito cumplen un papel fundamental en la sociedad ya sea porque actúan como manifestación del derecho de asociación o por su vinculación con la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho. Es precisamente para este logro que tiene entre sus principales objetivos el estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros, así como buscar el mejoramiento social, económico y moral de sus integrantes. (STC 0008-2005-PI/TC, fundamento jurídico 28).

12. En ese sentido, la actividad sindical consiste en la participación de acciones de defensa de los intereses de los trabajadores a fin de lograr los objetivos legítimos que tienen los sindicatos desde su conformación y que la Constitución protege. Así, el Tribunal Constitucional, en la STC 5474-2006-PA/TC, estableció que:

> "(…)
> la libertad sindical protege a los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos; es decir, protege a los representantes sindicales para su actuación sindical. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y el derecho de huelga. 4. En efecto, esta es la protección sindical conocida como fuero sindical, que es una de las dimensiones del derecho de sindicación y de la libertad sindical que se deriva del artículo 28° de la Constitución y que tiene protección preferente a través del amparo.
> (…)".

13. De otro lado, en un pronunciamiento reciente, este Tribunal recordó:

> "Debe advertirse que, en armonía con la STC 03884-2010-PA/TC, fundamento 13, cuando se acusa una conducta lesiva del derecho a la

GACETA JURIDICA

> sindicalización incumbe al empleador la carga de probar que su decisión obedeció a causas reales y que no constituyó un acto de discriminación por motivos sindicales. Para imponer la carga de la prueba al empleador, el demandante, antes, debe aportar un indicio razonable que indique que el acto lesivo se originó a consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales" (STC 3377-2013-PA/TC, fundamento 14)

14. En ese sentido, este Tribunal estima importante establecer los siguientes puntos, con la finalidad de dilucidar la controversia planteada:

    i) si la parte demandante mantenía o no, una relación a plazo indeterminado con Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU),

    ii) si don Hilton César Herrera Lévano tenía la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi al momento de su despido el 2 de agosto de 2016,

    iii)si el despido del accionante se llevó a cabo por su afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi.

15. Con relación al **punto i)** del fundamento 17*supra*, resulta importante señalar que en el proceso ordinario laboral sobre incumplimiento de disposiciones y normas laborales (ff. 218 a 240) (Expediente 22411-2013-0-1801-JR-LA-15), se resolvió declarar fundada en parte la demanda, en consecuencia, se declaró la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado entre los 31 trabajadores (ff. 249 y 250), representados por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Apecovi S.A.C. con Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU), desde las fechas de ingreso correspondientes, debiendo la demandada registrar a la parte actora en su libro de planillas.

    En efecto, en el fundamento jurídico 12 y en la parte resolutiva de la sentencia de vista de fecha 27 de octubre de 2015 (ff. 218 a 240), del proceso ordinario laboral, se señaló:

    > "(…)
    > 12. De lo anterior se colige que los trabajadores demandantes realizaron las labores que se mencionan como objeto de concesión, a la empresa principal, desarrollándose las actividades de operaciones en el lugar que le fue cedido por el Estado, es decir, las labores realizadas por los trabajadores forman parte de

la actividad nuclear de la empresa COVIPERU y desarrolladas en el lugar donde se lleva a cabo la actividad principal, de la empresa COVIPERU, debiéndose concluirse, en virtud del *principio de la primacía de la realidad*, que dichas labores implican la ejecución permanente de la actividad principal de la co-demandada COVIPERU por lo que se hadesnaturalizado la figura de la tercerización.
(…)

1. REVOCAR la sentencia 207-2014, de fecha 15 de julio de 2014, obrantes de fojas 677 a 685, en el extremo que declara infundada la demanda, y REFORMÁNDOLA se declara FUNDADA en parte, la demanda; con costas y costos.
2. Declarar la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado entre LOS 31 TRABAJADORES QUE SON REPRESENTADOS POR EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA RED VIAL 6 APECOVI SAC con CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S.A. – COVIPERU desde las fechas de ingreso correspondientes, debiendo esta parte registrar al actor en su libro de planillas (…)"

Mientras que el recurso de casación que interpuso la emplazada fue desestimado conforme se aprecia de la Casación Laboral 5659-2016-LIMA, de fecha 31 de octubre de 2017 (obrante a fojas 8 a 19 del cuaderno del Tribunal Constitucional).

16. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional advierte que, en instancia judicial, se ha acreditado que existía una relación laboral a plazo indeterminado entre la Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU S.A.) y los 31 trabajadores demandantes (Exp. 22411-2013), incluido don Hilton César Herrera Lévano (ff. 249 y 250), representados por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi S.A.C.

17. Por ello, está acreditado que el accionante mantenía una relación laboral a plazo indeterminado con Concesionaria Vial Perú S.A., conforme ha sido reconocido judicialmente mediante sentencia que adquirió la calidad de cosa juzgada. Por tanto, para el cese del actor correspondía respetarse el debido procedimiento de conformidad con el artículo 31 del Decreto Supremo 003-97-TR, lo cual no ha sucedido en el caso de autos, toda vez que se despidió al recurrente en virtud a la Carta de fecha 1 de agosto de 2016 (f. 3), en la que sólo se precisa como argumento *"(…) por motivos estrictamente empresariales Concesionaria Vial del Perú ha decidido finalizar la relación laboral que mantiene con usted (…)"*. Por lo expuesto se concluye que la parte demandada vulneró los derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso del actor.

GACETA JURIDICA

18. Con relación al **punto ii)** del fundamento 17*supra*, tenemos que a fojas 38, obra la constancia de afiliado expedido por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-OPECOVI S.A.C., del cual consta que el accionante se encuentra afiliado a su organización sindical desde el 25 de junio de 2016, lo cual se corrobora con el documento denominado "Convocatoria a Capacitación Extraordinaria", obrantes a fojas 32.Asimismo, a fojas 3 de autos, se observa que el despido denunciado por el actor se llevó a cabo mediante Carta de fecha 1 de agosto de 2016 (f. 3). Se determina entonces que, al momento del despido del accionante, éste tenía la condición de afiliado del mencionado sindicato.

19. Respecto al **punto iii)** del fundamento 17*supra*, previamente, debe indicarse que en el año 2013, el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi S.A.C., interpuso demanda laboral sobre incumplimiento de disposiciones y normas laborales (desnaturalización de tercerización) contra las empresas Concesionaria Vial del Perú – COVIPERU y OPECOVI S.A.C., pues consideraban que los 31 trabajadores (entre los que se incluye al actor) representados por el referido sindicato en dicho proceso laboral ordinario no debían estar en las planillas de la empresa OPECOVI S.A.C. (empresa tercerizadora), sino en las de COVIPERU (empresa principal) (ff. 249 y 250).

20. Al respecto, si bien el representante de la demandada en su escrito de fecha 26 de enero de 2017 (f. 694), se apersonó al proceso solicitando se declare la improcedencia de la demanda, está corroborado que en esa fecha ya tenía conocimiento de lo resuelto en segunda instancia del proceso laboral (Expediente 22411-2013), conforme se ha indicado en el fundamento 18, *supra,* esto es, que ya se había declarado judicialmente la desnaturalización de los contratos de tercerización entre las empresas COVIPERU y OPECOVI S.A.C., y que el actor –entre otros trabajadores– mantenía un vínculo laboral a plazo indeterminado con COVIPERU.

21. En ese sentido, en el presente caso, está probado que el accionante en junio de 2016, fojas 38, entró a formar parte (afiliado) del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 6 de Opecovi S.A.C., y también está acreditado que en instancia judicial obtuvo el reconocimiento de su vínculo laboral con COVIPERU S.A, fojas 258, luego de lo cual esta última procedió a la extinción del vínculo laboral sin expresar justificación legítima como se verifica de la carta de fecha 2 de agosto de 2016 (f. 3).

GACETA JURIDICA

22. De lo actuado, se advierte entonces que el despido del actor responde a que este ejerció su derecho a la libertad sindical al afiliarse al sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi S.A.C. en consecuencia, el despido del actor deviene en nulo y violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad sindical.

23. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido nulo vulneratorio del derecho al trabajo y a la libertad sindical del actor, reconocido en el artículo 22 y 28 de la Constitución, por lo que la demanda debe ser estimada.

Efectos de la sentencia

24. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la empresa demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

25. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir las costas y costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración de sus derechos al derecho al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso; en consecuencia, NULA la Carta de fecha 1 de agosto de 2016 y NULO el despido del cual ha sido objeto el accionante.

2. **ORDENAR** que la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU) reponga a don Hilton César Herrera Lévano, como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo

GACETA JURIDICA

apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

LA LEY

GACETA JURIDICA

EXP. N.° 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda en los términos expuestos en la parte resolutiva de la sentencia de autos, discrepo de sus fundamentos 4 y 5, que invocan el precedente contenido en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, pues resulta ello impertinente e innecesario, ya que la determinación de la vía paralela no se agota en la simple contrastación de las vías procedimentales correspondientes, sino que implica el análisis de la peculiaridad del caso en términos del desarrollo y tiempo que haya tomado del proceso que se trate, así como de la instancia en que se encuentre. Es decir, por dar un ejemplo, si el proceso constitucional se encuentra en la última instancia, como culminación del largo recorrido que ha implicado su tramitación en las instancias anteriores, resulta más que evidente que no existirá vía paralela igualmente satisfactoria.

S.

BLUME FORTINI

GACETA JURIDICA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto con fecha posterior, a fin de precisar el sentido de mi voto y expresar que coincido con el sentido de la ponencia presentada. Considero que corresponde declarar **FUNDADA** la demanda en consecuencia, **NULA** la Carta de fecha 1 de agosto de 2016 y **NULO** el despido del cual ha sido objeto el accionante.

Lima, 04 de marzo de 2021

S.

RAMOS NÚÑEZ

LA LEY

GACETA JURIDICA

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.

Mis colegas han declarado nulo, por violación de la libertad sindical, el despido del que fue objeto el demandante. Sin embargo, en autos no ha quedado acreditado que la empresa demandada tenga un sindicato.

La referida sentencia, para justificar la afiliación sindical del demandante, dice: "()…en el presente caso, está probado que el accionante en junio de 2016, fojas 38, entró a formar parte (afiliado) del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 6 de Opecovi S.A.C., y también está acreditado que en instancia judicial obtuvo el reconocimiento de su vínculo laboral con COVIPERU S.A" (fundamento 24) y concluye lo siguiente: "…se advierte entonces que el despido del actor responde a que este ejerció su derecho a la libertad sindical al afiliarse al sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi S.A.C. en consecuencia, el despido del actor deviene en nulo y violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad sindical"(fundamento 25).

La denominación y forma social de ambas empresas bastan para advertir que se trata de personas jurídicas diferentes (Red Vial 06 Opecovi S.A.C. y Concesionaria Vial del Perú S.A.- Coviperú). El demandante puede formar parte del sindicato de Red Vial 06 Opecovi S.A.C., pero no está acreditado que haya integrado el sindicato de la demandada Coviperú, quien señala además que no tiene sindicato, sin haber sido refutada en autos.
A mayor abundamiento, queda claro que estamos ante dos empresas distintas (por lo que no puede entenderse que hay un mismo sindicato) con la demanda laboral presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 Opecovi S.A.C., donde se indica lo siguiente (a fojas 239):

> nuestros afiliados se encuentran en la planilla de la empresa OPECOVI S.A.C. cuando en realidad nuestros afiliados nombrados en esta demanda deben estar en la planilla de la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL PERU S.A. COVIPERU por ser realmente trabajador [sic] de la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL PERU S.A. COVIPERU [...].

Por lo expuesto, al no haberse acreditado en autos un despido nulo por violación de la libertad sindical, paso a exponer mi posición sobre la estabilidad laboral en la Constitución y el despido denominado arbitrario.

GACETA JURIDICA

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 legislativo[1].

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 justa[2].

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

[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.

GACETA JURIDICA

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**

> **otras prestaciones previstas 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 está en juicio, el**

[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).

GACETA JURIDICA

> **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.

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 urgente[4].

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo y no estamos ante un caso de despido nulo, conforme antes hemos demostrado líneas arriba. Por estas consideraciones, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

Lima, 03 de marzo de 2021.

S.

FERRERO COSTA

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

GACETA JURIDICA

EXP. N.° 02692-2017-PA/TC
ICA
HILTON CÉSAR HERRERA LÉVANO

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.

GACETA JURIDICA

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.
Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**,

GACETA JURIDICA

en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

LA LEY

GACETA JURIDICA