



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de octubre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Paola Zeila Apolaya Rodríguez contra la resolución de fojas 154, de fecha 11 de agosto de 2015, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Civil de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 29 de setiembre de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), en el que solicita que se declare nula la carta 265-2011-SUNAT/2F3000, de fecha 28 de junio de 2011, mediante la cual se la despidió de forma fraudulenta, y que, en consecuencia, se la reincorpore a su cargo de verificadora de Centros de Control y Fiscalización de la División de Control de la Deuda y Cobranza de la Intendencia Regional Lima y se le abonen los costos y costas del proceso.

Refiere que laboró para la emplazada hasta el 30 de setiembre de 2009, fecha en la cual fue objeto de un primer despido sin expresión de causa, por un supuesto vencimiento de contrato temporal, razón por la cual interpuso un proceso de amparo ante el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, Expediente 50855-2009-0-1801-JR-CI-07, proceso en el cual, con fecha 23 de setiembre de 2010, mediante medida cautelar, se ordena su reposición provisional inmediata en su puesto de trabajo.

Agrega que, en la misma fecha del primer despido, el agente de seguridad, Oscar Ramírez Guadalupe (quien no es autoridad ni trabajador de la Sunat) elaboró de manera unilateral y a solicitud del supervisor Jorge de la Cruz Ballarte el "Informe 003-ESVISAC", en el que se establecen hechos falsos, sin la presencia, participación y firma de alguna autoridad pública, ni de la recurrente, inventándose hechos para expedir el 4 de enero de 2011 el Informe 001-2011/CCF Lima (Carabaya), a través del cual el supervisor Jorge de la Cruz Ballarte informa acerca de la existencia del citado informe a la jefe de Sección de Cobranza Coactiva, con el propósito de dar inicio al procedimiento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ

fraudulento de despido, después de un 1 año, 3 meses y 5 días de ocurridos los supuestos hechos graves. Para ello se le remite, con fecha 24 de mayo de 2011, vía notarial, la carta de preaviso de despido 247-2011-SUNAT/2F3000, de fecha 20 de mayo de 2011, y con fecha 1 de julio de 2011, la carta de despido 265-2011-SUNAT/2F3000, de fecha 28 de junio de 2011, con la que fue despedida por segunda vez, por supuesta falta grave. Precisa que la demandada ha vulnerado el principio de inmediatez, pues los hechos imputados como falta grave ocurrieron el 30 de setiembre de 2009 y la carta de preaviso de despido le fue cursada el 24 de mayo de 2011.

Añade que se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical, por cuanto fue despedida por haber ejercido su derecho de defensa denunciar ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la desnaturalización de sus contratos de trabajo. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso y a la libertad sindical, así como el principio de inmediatez.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 3 de octubre de 2011, declaró improcedente la demanda por considerar que existen hechos controvertidos que, para ser resueltos, requieren de actividad probatoria, ya que la actora manifiesta que los hechos imputados en la carta de despido no son ciertos, y dichos hechos han sido alegados sobre la base de evidencias, lo que supone necesariamente la confrontación de documentos, pericias e incluso visualización de vídeo de vigilancia, a efectos de determinarse si los hechos imputados son imaginarios, inexistentes o falsos. Además, la demandante no ha alegado la urgencia o que, en forma objetiva y fehaciente, la vía ordinaria no sea la idónea, configurándose el supuesto establecido en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

La Sala Superior revisora confirmó la apelada por similar fundamento.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se declare nula la carta 265-2011-SUNAT/2F3000, de fecha 28 de junio de 2011, mediante la cual se la despide de forma fraudulenta, y que, en consecuencia, se la reincorpore a su cargo de verificador de Centros de Control y Fiscalización de la División de Control de la Deuda y Cobranza de la Intendencia Regional Lima, y se le abonen los costos y costas del proceso. Alega la vulneración sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso y a la libertad sindical, así como el principio de inmediatez.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ

### Cuestión previa

2. Debe precisarse que, conforme a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (29 de setiembre de 2011) aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, por lo que en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

### Análisis del caso concreto

3. Previamente, se debe precisar que conforme obra en autos (folio 4) y EN la información obtenida del sistema de Consultas de Expedientes Judiciales del Poder Judicial, la demandante, entre otras, interpuso un proceso de amparo, en contra de la Superintendencia Nacional de la Administración Tributaria (Sunat), Expediente 50855-2009-0-1801-JR-CI-07, sobre reincorporación; proceso en el cual, mediante Resolución 19, de fecha 17 de agosto de 2012, se declaró fundada en parte la demanda, ordenando reponer a la demandante, entre otras, a su centro de trabajo. Dicha resolución fue confirmada a través de la resolución de vista de fecha 9 de enero de 2013, la que a la fecha se encuentra en etapa de ejecución.

Siendo ello así, en el presente caso se dilucidará si en el segundo procedimiento de despido de la recurrente, ocurrido mediante la carta de despido 265-2011-SUNAT/F23000, de fecha 28 de junio de 2011 (folio 22), se ha afectado el principio de inmediatez alegado por la demandante, pues su inobservancia implicaría la inexistencia de una falta grave.

4. El principio de inmediatez en el procedimiento de despido ha sido regulado en el artículo 31 del Decreto Supremo 003-97-TR, que expresamente establece:

El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formule, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ

abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez.

5. En la Sentencia 00543-2007-PA/TC, este Tribunal ha destacado que el principio de inmediatez es sumamente elástico y que para evaluar su afectación debe tenerse presente tanto la organización empresarial como la complejidad de la investigación de la falta imputada.
6. En el caso de autos, de la carta de preaviso de despido 247-2011-SUNAT/2F3000, de fecha 20 de mayo de 2011 (folio 15), se aprecia que a la demandante se le imputa:

La comisión de la falta grave consistente en “la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa”, tipificada en el artículo 25 inciso d) de la citada LPCL, que se configura al haber incurrido en [...] producto de la revisión de las pertenencias que portaba en momentos de retirarse de la citada sede el 30.9.09, realizada por un Agente de Seguridad de la empresa ESVICSAC, se pudo advertir que en la indicada bolsa había un sobre conteniendo veintitrés (23) documentos originales pertenecientes a la entidad, lo que significa el apoderamiento y sustracción de los mismos por parte suya, sin mediar autorización ni consentimiento para que estuvieran en su poder, tampoco para hacerlos suyos y retirarlos de la institución.

7. Como puede advertirse, a la demandante se le imputa una supuesta falta grave por un informe elaborado por personal del servicio de vigilancia de la entidad demandada, la que habría sido cometida 1 año y 7 meses antes de cursarse la carta de preaviso de despido aproximadamente, conforme también ha sido reconocido por la entidad demandada (folio 15). Al respecto, es preciso tener presente que, de acuerdo con lo sostenido por este Colegiado en la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el acto de despido es una potestad del empleador; es decir, es un acto unilateral de voluntad, motivo por el cual, si este no adopta la decisión de dar por concluida la relación laboral dentro de un periodo razonable desde que conoció la falta, se debe considerar que ha renunciado a ese derecho y ha perdonado dicha falta.

Dicha potestad es inherente al poder de dirección del empleador, que le permite dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. En ese sentido, es el empleador quien, ante la existencia de una falta de un trabajador considerada como grave, ostenta el poder de dirección y la facultad de despedirlo o no.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ

8. En el caso de autos, los hechos que se imputan a la recurrente como falta grave fueron plenamente conocidos por su empleador el día siguiente en que acontecieron, conforme se desprende del cargo de recepción del Informe 003-ESVISACSAC (folio 11). Asimismo, de autos se advierte que estos no representan complejidad ni denotan una situación especial que haya requerido un plazo extenso para determinar la existencia de una falta grave. De lo actuado se evidencia que la demandada ha sostenido lo siguiente:

[...] que la acción disciplinaria relativa a tales hechos no pudo proseguir dado el término de la relación de trabajo, situación que ha variado al disponer el Poder Judicial su reincorporación, vía medida cautelar, hecha efectiva el 23.9.10.

9. Si bien es cierto que la demandante ya no mantenía vínculo laboral con la entidad emplazada, pues el día en que ocurrieron los hechos, (30 de setiembre de 2009) fue su último día de labores, y teniendo en cuenta que la potestad disciplinaria del Estado está supeditada a la vigencia de la relación laboral que mantiene con el trabajador, ello no impedía la imposición de la sanción prevista en el derogado artículo 12 del Decreto Supremo 033-2005-PCM, Reglamento de la Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, el cual establecía que “[s]i al momento de determinarse la sanción aplicable, la persona responsable de la comisión de la infracción ya no estuviese desempeñando Función Pública, la sanción consistirá en una multa”; derogado por el inciso “g” de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Reglamento General de la Ley 30057, aprobado por el Decreto Supremo 040-2014-PCM, publicado el 13 junio 2014.
10. En consecuencia, en el procedimiento de despido de la demandante, la entidad emplazada ha infringido el principio de inmediatez, pues no tomó en cuenta que, como empleadora, y en mérito de las facultadas que le confiere el poder de dirección, ya había aceptado y olvidado los hechos imputados como falta grave, motivo por el cual el despido de la recurrente ha devenido en arbitrario y lesionado su derecho constitucional al trabajo, por lo que corresponde estimar la demanda.
11. Respecto a lo alegado por la demandante acerca de que se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical, por cuanto fue despedida por haber ejercido su derecho de defensa al denunciar ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la desnaturalización de sus contratos de trabajo, en autos no existen medios probatorios que acrediten lo señalado por la demandante. Asimismo, los documentos que la demandante presenta como medio probatorio corresponden al año 2009 (folios 28 a 54).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ

12. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la municipalidad emplazada debe asumir los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia, mas no así el pago de costas.

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

#### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo y al principio de inmediatez; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario de la demandante.
2. Ordenar a la Superintendencia Nacional de la Administración Tributaria (Sunat) que cumpla con reincorporar a doña Paola Zeila Apolaya Rodríguez como trabajadora a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo máximo de dos días siguientes de notificada la presente sentencia, 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 los costos del proceso.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido al pago de costas procesales

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI  
MIRANDA CANALES  
RAMOS NÚÑEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI  
POR CONSIDERAR QUE EL AMPARO ES LA VÍA IDÓNEA, TENIENDO EN  
CUENTA EL TIEMPO QUE VIENE LITIGANDO LA PARTE DEMANDANTE**

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto de su fundamento 2, en el que, a los efectos de determinar si existe en el caso una vía igualmente satisfactoria, en aplicación de los criterios establecidos en el precedente contenido en la STC 02383-2013-PA/TC, conocido como precedente Elgo Ríos, se señala expresamente lo siguiente:

*“Debe precisarse que, conforme a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (29 de setiembre de 2011) aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, por lo que en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC”.*

Es decir, antes de resolver el fondo de la controversia, en tal fundamento se realiza un análisis previo relativo a verificar si a la fecha de interposición de la demanda de amparo en el caso sub *litis*, se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en el Distrito Judicial de Lima; y, como quiera que a esa fecha aún no se encontraba vigente tal ley en el referido distrito judicial, se concluye que la accionante no contaba con una vía igualmente satisfactoria, siendo procedente el amparo. De lo contrario, esto es, de haber estado en rigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de la presentación de la demanda, se infiere que esta hubiera sido declarada improcedente por existir una vía igualmente satisfactoria: la del proceso laboral abreviado.

A este respecto, discrepo rotundamente con que se haya efectuado el referido análisis previo. A mi juicio, carece de objeto que este se haya realizado por las consideraciones que detallo a continuación:

1. El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ

2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar a la justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.
3. En el presente caso, la recurrente interpuso su demanda el 29 de setiembre de 2011. Esto es, hace más de 7 años, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 4 de diciembre de 2015 (hace más de tres años), por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, resulta igualmente satisfactorio que se la condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera de la litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.

BLUME FORTINI

*Lo que certifico:*

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ



### 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 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ



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 casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

**Lo que certifico:**

.....  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRÍGUEZ

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del precedente Huatuco, STC Expediente 05057-2013-PA/TC, el cual ha sido omitido en la sentencia de autos a pesar que es de cumplimiento obligatorio de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En el presente caso, la actora no ha demostrado haber ingresado por concurso público de méritos como verificadora de centros de control y fiscalización de la División de Control de la Deuda y Cobranza de la Intendencia Regional Lima de la Sunat. Debe tenerse en cuenta lo expuesto en el precedente Huatuco (que tiene como fundamento el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público), que exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el respectivo demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y, en el caso de autos, la recurrente no ha acreditado haber ingresado mediante dicho tipo de concurso público.

Por ello, estimo que la pretensión de la parte recurrente 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 del precedente Huatuco en el diario oficial *El Peruano*, el 5 de junio de 2015, corresponde 1) 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 del precedente, para que la demandante reclame la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, vía ordinaria que proseguirá su trámite conforme a la ley procesal de la materia y donde no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad; y 2) ordenar que se verifique lo pertinente con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionada en el fundamento 20 del precedente.

En ese sentido, mi voto es por:

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

S.

LEDESMA NARVÁEZ

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRIGUEZ



### 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 legislativo<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>.

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).

<sup>1</sup> 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.

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

mr





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRIGUEZ



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].

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRIGUEZ

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<sup>3</sup>.

### **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

<sup>3</sup> 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).

mm





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06859-2015-PA/TC

LIMA

PAOLA ZEILA APOLAYA RODRIGUEZ

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<sup>4</sup>.

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

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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