



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 412/2020

EXP. N° 00943-2016-PA/TC

HUAURA

MARCO ANTONIO PAUCARCAJA

MERCADO

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 14 de julio de 2020, se votó la ponencia del Expediente 00943-2016-PA/TC presentada por el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, declarando fundada la demanda de amparo. Votaron a favor, los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera; y en contra, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada.

Estando a la votación efectuada y a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece, entre otros aspectos, que el Tribunal, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos, la decisión que resuelve el Expediente 00943-2016-PA/TC se encuentra conformada por los votos singulares de los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada, quienes coinciden en declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los fundamentos de voto y votos singulares mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de julio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marco Antonio Paucarcaja Mercado contra la resolución de fojas 205, de fecha 1 de octubre de 2015, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de octubre de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra Emapa Huaral S.A. Solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que, en consecuencia, se la reponga en el cargo de técnico en catastro comercial que venía desempeñando. Refiere que ha trabajado en diversos cargos dentro de la empresa demandada desde el 7 de febrero de 2014 hasta el 21 de octubre de 2014, fecha en la que se le notificó su carta de despido. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo, al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la intimidad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso.

El recurrente señala que con fecha 14 de octubre de 2014 le fue notificado el inicio de un procedimiento sancionador disciplinario en su contra por supuestamente haber incumplido con sus funciones. Expresa que el incumplimiento que se le imputa consiste en: i) haber manipulado sin autorización información de carácter reservado de la empresa; y, ii) no haber entregado un cargo relacionado a cuentas pendientes por rendir dentro del plazo establecido.

Respecto a la primera falta, el actor refiere que dicha acusación se basa en un informe del Jefe de Logística, en el cual dicho funcionario señalaba que accedió a una conversación en la red social Facebook entre su asistente y el recurrente, percatándose que este último le solicitaba la clave de seguridad de un sistema de información reservada de la empresa. El demandante señala que se trata de una imputación falsa, pues no se ha acreditado que haya ingresado efectivamente al sistema de la empresa, y que la acusación se basa en conclusiones obtenidas de la intervención de una conversación de carácter privado. En relación con la segunda falta, el actor señala que esta acusación hace referencia a la entrega de un cargo cuando se desempeñaba como Jefe de Logística. Sin embargo, argumenta que fue despedido antes del cumplimiento del plazo otorgado por la demandada para presentar dicho documento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

Paucarcaja Mercado alega entonces una vulneración del derecho al debido proceso, y específicamente de su derecho de defensa, al haberse emitido la carta de despido dentro del plazo otorgado al recurrente para realizar sus descargos frente a las faltas imputadas. Refiere que si bien la notificación de dicha carta se realizó fuera del período para su descargo, puede verificarse del sello de recepción de la notaria que la fecha de entrega por parte de la empresa para que se proceda la notificación del demandante, corresponde al último día para que el actor pudiese efectuar sus descargos.

Emapa Huaral S.A. contesta la demanda. Señala que no se ha configurado un despido arbitrario, al haber cometido el actor una falta grave. Argumenta que los descargos del recurrente frente a las faltas imputadas representan afirmaciones generales e incongruentes, las cuales no demuestran que el demandante no haya incurrido en dichas faltas. Finalmente, afirma que los argumentos de la demanda deben ventilarse en la vía ordinaria al requerirse la actuación de medios probatorios para determinar si el actor es o no responsable de las imputaciones formuladas.

El Primer Juzgado Civil de Huaral, con fecha 2 de marzo de 2015, declaró improcedente la demanda. Estima que las partes no han presentado pruebas suficientes a fin de demostrar sus afirmaciones, siendo necesario acudir a la vía ordinaria, de modo que sea posible verificar si el demandante incumplió con sus obligaciones.

La Sala revisora confirma la apelada, por considerar que es necesario actuar medios probatorios para determinar si el despido se encuentra justificado, lo cual no es posible en el proceso de amparo. Asimismo, consideró que, respecto a la presunta irregularidad en el trámite del despido, no se presenta acto irregular alguno, pues el Decreto Supremo 001-96-TR autoriza al empleador a despedir al trabajador una vez emitido su descargo.

El demandante, en el recurso de agravio constitucional de fecha 14 de diciembre de 2015, precisa que las sentencias de primer y segundo grado se han limitado a valorar los medios probatorios únicamente en función de su despido arbitrario, sin determinar si existe o no una vulneración de los otros derechos constitucionales demandados. Señala que existen medios probatorios suficientes para demostrar la vulneración de los demás derechos constitucionales alegados.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante sostiene que ha sido despedido arbitrariamente, debido a que se le ha imputado falsamente la comisión de una falta en base a la intervención de una conversación privada en una red social, así como por haberse emitido la carta de despido antes del término del plazo para la formulación de sus descargos. Solicita que se ordene su reincorporación en la empresa demandada como trabajador a plazo indeterminado. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la intimidad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso.

Procedencia de la demanda

2. En la sentencia 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y, iv) Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.
3. Desde una perspectiva objetiva, tenemos que el proceso laboral abreviado de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29491, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. En efecto, el inciso 2 del artículo 2 de dicha norma establece que los casos referidos a “la reposición, cuando ésta se plantea como pretensión principal única” serán dilucidados en el proceso laboral abreviado.
4. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en el presente caso, la competencia territorial corresponde al distrito judicial de Huaura, en el cual hasta hoy no se ha materializado la aplicación de la Ley 29497. Por ende, no es posible afirmar la existencia de una vía igualmente satisfactoria que cuente con una estructura idónea para la tutela del derecho constitucional al trabajo.
5. En consecuencia, y al no haberse cumplido con todos los elementos exigidos por el precedente *Elgo Ríos*, este Tribunal se avocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia, para así evaluar si el actor fue objeto de un despido arbitrario.

Sobre la afectación del debido proceso

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 un medio de realización de la persona”, mientras su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
7. Por otro lado, como ha señalado este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, el derecho fundamental al debido proceso, comprende, entre otros elementos, una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona pueda considerarse justo (STC 10490-2006-AA, fundamento 2).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

8. De ahí que este Tribunal haya destacado que los alcances de este derecho *continente* no abarcan exclusivamente al escenario judicial, sino que se proyecta también al ámbito de los procedimientos administrativos (STC 07569-2006-AA/TC, fundamento 6). Asimismo, este Tribunal ha establecido que el debido proceso debe respetarse al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica (STC 03359- 2006-PA/TC), las relaciones corporativas que se den en su interior.
9. Por su parte, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que también forma parte del derecho al debido proceso, y se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

[E]l derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, [...] deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios (STC N° 01480-2006- AA/TC, fundamento jurídico 2).
10. Debe resaltarse que el artículo 22 del Decreto Legislativo 728 establece lo siguiente: “Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”. En ese sentido, este Tribunal considera que la norma prevé una obligación del empleador de exponer las razones que sustentan el despido, por lo que es posible reconocer un derecho a la debida motivación en estos casos en favor del trabajador despedido o que se intenta despedir.
11. En el caso de autos, el demandante alega la vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente en su manifestación de derecho de defensa, pues, a pesar que en la carta de pre-aviso de las faltas imputadas se encontraba previsto un plazo de seis días para sus descargos (15 al 20 de octubre de 2014), puede verificarse que la carta de despido que le fue notificada el 21 de octubre de 2014, presenta un sello de recepción de la notaría de fecha 20 de octubre de 2014 (folio 2). Es por este motivo que el demandante sostiene que la empresa demandada habría elaborado su carta de despido de forma previa a la recepción de sus descargos, los cuales no habrían sido tomados en cuenta.
12. Al respecto, este Tribunal considera que es posible comprobar en el expediente los hechos alegados por el recurrente, siendo necesario, en realidad, verificar si se ha configurado una vulneración de su derecho al debido proceso en su manifestación del derecho a la debida motivación. En ese sentido, el acto lesivo del derecho a la motivación no se encuentra simplemente en el hecho que la empresa demandada haya elaborado la carta de despido de forma previa a la recepción de los descargos del recurrente, sino que se requiere un análisis que permita comprobar si es que



dicha carta tomó en cuenta los argumentos alegados por el demandante para sustentar que no incurrió en algunas de las faltas imputadas.

13. A partir de la carta de despido (folios 2 y 3), puede identificarse que la empresa demandada se limita a sustentar el despido en las siguientes razones: i) el recurrente no ha podido demostrar que no haya accedido a una información clasificada de la empresa sin autorización; y, ii) el recurrente no ha dado cuenta sobre los documentos relacionados con cuentas pendientes por rendir, pese a que se le requirió de manera reiterada. De este modo, se concluye en la carta de despido que los hechos reflejan la realización de actos irregulares muy graves, los cuales suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral, por lo que debe declararse la irreversible extinción de la relación de trabajo.
14. En relación con la primera falta imputada, el recurrente argumenta en sus descargos (folios 16 a 31) que es falso que haya accedido al sistema de información reservada de la empresa, basándose dicha acusación únicamente en un informe que surgió a raíz de una conversación privada en la red social Facebook, medio probatorio que resulta insuficiente y que vulnera su intimidad.
15. Al respecto, este Tribunal considera pertinente señalar que, en el presente caso, no se advierte ni en la carta de pre-aviso, ni en la carta de despido, medio probatorio alguno que acredite que el accionante haya efectivamente ingresado al sistema de información de la empresa demandada. El despido se sustenta, en primer lugar, en el informe elaborado por el Jefe de Logística de la empresa anexo a la carta de pre-aviso (folio 10), en el cual se explica que dicho funcionario accedió desde la cuenta y equipo de su asistente a una conversación en la red social Facebook entre ésta y el recurrente (folio 8), percatándose que este último le solicitaba la clave de seguridad de un sistema de información reservada de la empresa.
16. De una revisión de la conversación de Facebook entre el recurrente y la asistente del Jefe de Logística de la empresa demandada que obra en el expediente (folio 8), puede verificarse que el demandante le solicita la clave de acceso al Sistema de Logística, indicándole esta última que no contaba con ella y que no presentaba forma alguna de ingresar a dicho sistema. Frente a ello, puede advertirse que el recurrente le responde “cuando logre el ingreso por data te activo como supervisora”, finalizando la conversación con la conformidad por parte de la asistente.
17. Como puede apreciarse, la conversación obtenida solo se limita a demostrar que el actor solicitó las claves a la asistente del Jefe de Logística. Sin embargo, no demuestra que el recurrente haya ingresado efectivamente al sistema de información reservado de la empresa demandada. Ahora bien, al encontramos en el presente caso frente a una conversación obtenida de una cuenta de Facebook y computadora de propiedad de la empresa demandada asignada a una trabajadora, surge la necesidad que este Tribunal se pronuncie sobre la intervención del empleador en las conversaciones privadas de sus trabajadores desde los medios



informáticos brindados por éste, específicamente cuando estas se ubican dentro de una red social.

Sobre las redes sociales en la relación de trabajo

18. En relación con los medios informáticos entregados por el empleador a sus trabajadores, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia lo siguiente:

“(…) aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.” (fundamento 17 de la STC 105 8-2004-AA/TC)

19. Por otro lado, el artículo 2, inciso 10 de la Constitución recoge el derecho constitucional al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. En esa línea de pensamiento, el Tribunal ha considerado que el respeto del contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental conlleva la siguiente interpretación de los alcances del control del empleador sobre los medios informáticos:

“(…) Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo” (fundamento 18 de la STC 1058-2004-AA/TC; fundamento 16 de la STC 04224-2009-PA/TC).

20. Sin embargo, la evolución de las tecnologías de la información y comunicación ha generado un gran impacto en las relaciones laborales, lo cual exige que este Tribunal deba realizar un análisis en tomo a dos cuestiones a la luz de estos importantes cambios: i) los límites al uso extralaboral de los medios informáticos de propiedad de la empresa por parte de los trabajadores; y, ii) la legitimidad de los controles empresariales y de vigilancia de dicho uso frente a los nuevos avances tecnológicos¹.

21. Una de las manifestaciones de dicha evolución tecnológica se encuentra en la utilización masiva del correo electrónico como medio de comunicación en la empresa y, por lo tanto, como instrumento de trabajo. Ello conlleva que un uso abusivo del correo electrónico institucional pueda generar diversos perjuicios al

¹ CARDONA, María Belén. Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional. Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Vol. 5, No. 5, No. 2, 2005, p. 35.



empleador, los cuales van desde el tiempo que el trabajador no dedica a la prestación efectiva de trabajo o la distracción que genera en sus compañeros mediante el envío de mensajes de contenido extralaboral, hasta situaciones más graves, como la transmisión de informaciones confidenciales relativas a empleados, clientes o proveedores a terceros ajenos a la empresa, entre otras².

22. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el correo electrónico institucional en la sentencia recaída en el Exp. 3599-2010-PA, sin llegar la sentencia en mayoría a un consenso sobre los límites de la facultad de fiscalización del empleador en estos casos. Por otro lado, debe tomarse en cuenta que una aplicación de la actual línea jurisprudencial seguida por este Tribunal conllevaría que el empleador no cuente con la posibilidad de controlar el contenido de las comunicaciones del correo electrónico institucional. Dicho con otras palabras, no tendría posibilidad alguna de poder monitorear si es que existe alguna filtración de información confidencial que pueda generar grandes perjuicios a la empresa.
23. En ese sentido, resulta de gran importancia la revisión de los diversos pronunciamientos a nivel internacional que han analizado los alcances de la vigilancia del empleador frente a ese instrumento de trabajo, lo cual permitirá a este Tribunal fijar una posición sobre este punto. Esta postura debe, sin duda alguna, encontrarse en consonancia con los recientes avances tecnológicos.
24. En una reciente sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), asunto *Barbulescu vs Rumania* (Exp. 61496/08), de fecha 5 de septiembre de 2017, se estableció que constituye una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones el vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos, si es que el trabajador no había sido previamente informado de esta posibilidad, incluso si existían normas en la empresa que prohibían su utilización con fines personales. Es necesario precisar que se trataba de una cuenta de Yahoo Messenger creada a petición de la empresa, con el fin de recibir y responder preguntas de los clientes.
25. En esa línea, la Gran Sala del TEDH ha establecido los siguientes criterios para determinar si es que el empleador puede o no monitorear las comunicaciones de sus trabajadores.
 - El trabajador debe haber sido informado con claridad y con carácter previo de las medidas de control que pueden utilizarse, y del alcance de las mismas, y no únicamente de la posibilidad de que el empresario puede emplear medidas de vigilancia.
 - El empleador debe prestar atención y valorar la proporcionalidad de su actuación, estimando qué grado de intromisión comporta la medida en la vida personal y familiar del empleado, debiendo optar por aquella actuación menos intrusiva.

² CARDONA. María Belén. Óp. Cit., p. 36



- El empleador debe poder acreditar la existencia de motivos concretos previos al control que justifiquen la necesidad y procedencia de tal medida.
- La medida debe llevarse a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario por parte del empresario, no siendo posible iniciar tal procedimiento y posteriormente determinar los hechos que lo puedan justificar.

Ello permite determinar una posición a favor de la posibilidad de controlar el contenido de los correos electrónicos desde los medios informáticos otorgados por el empleador si es que se cumple con los criterios antes señalados, dejándose de lado una posición que cierre de forma absoluta la fiscalización de su contenido por parte del empleador.

26. Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español ya venían respaldando esta posición. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha reconocido que los sistemas informáticos de la empresa son un instrumento de trabajo sujeto a las facultades de control del empresario (TC 241/2012), señalando que “El empresario ha de establecer unas pautas sobre el uso de los medios informáticos y advertir de la existencia de controles, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones” (TC 241/2012).
27. En esa línea, el Tribunal Supremo español ha considerado que si la empresa prohíbe totalmente el uso de estas tecnologías con fines particulares, ya sea dentro o fuera del horario laboral, no se puede entender que el derecho fundamental a la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones opera en el uso de estos equipos. En ese sentido, ha establecido lo siguiente:
- “Cuando existe una prohibición absoluta de un uso personal, es posible su control y establecer mecanismos para controlar su uso exclusivamente laboral.
- Si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no puede entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad” en los términos establecidos en los siguientes pronunciamientos: TEDH 25-6-97, caso Halford; 3-4-07, caso Copland para valorar la existencia de una lesión del CEDH art.8.”
28. De este modo, es posible verificar que la jurisprudencia española se encuentra en la línea de lo establecido recientemente por el TEDH, por lo que no es posible sostener una prohibición absoluta por parte del empleador para fiscalizar el contenido de las conversaciones del trabajador si es que utiliza un medio tecnológico otorgado por la empresa como es el correo electrónico institucional. El mismo Tribunal Constitucional español ha reconocido el acceso empresarial a los correos del trabajador si es que se logra superar el juicio de proporcionalidad (TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

170/2013), siempre y cuando se trate de una medida ponderada y equilibrada que cumpla con los siguientes criterios:

- El control empresarial ha de realizarse con garantías (por ej.: a través de la intervención de perito informático y notario)
- El contenido de los mensajes no ha reflejar aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros implique una transgresión de la buena fe contractual.
- De tal forma que, atendida la naturaleza de la infracción investigada y su relevancia para la entidad, no pueda apreciarse que la acción empresarial de fiscalización haya resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador.

29. Por lo tanto, este Tribunal debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa.
30. Asimismo, este Tribunal debe precisar que dicha intervención debe respetar ciertos criterios, los cuales se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.
31. Por otro lado, habiendo quedado clara la posibilidad del empleador de intervenir en las conversaciones del correo electrónico institucional si es que se cumple con los criterios antes señalados, es necesario ahora determinar si se presenta una afectación constitucional legítima o, por el contrario, una violación del derecho fundamental al Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones cuando se produce una intervención por parte del empleador en las conversaciones de un trabajador a través de una red social.

Análisis del caso concreto

32. En el presente caso, si bien la conversación se realizó a través de un equipo de cómputo de propiedad del empleador, una red social como el Facebook representa un medio de comunicación ajeno a la empresa demandada, el cual permite transmitir información desde cualquier lugar del mundo. Debe tomarse en cuenta que los usuarios contratan un servicio específico con la empresa Facebook, por lo que se trata de un servicio que se brinda independientemente del equipo que se utilice para conectarse a esta plataforma virtual.
33. En ese sentido, no es posible sostener que el hecho que el empleador sea propietario del equipo utilizado para ingresar al Facebook, permita considerar que una red



social merece un tratamiento similar al de un correo electrónico institucional o cualquier medio de comunicación que forma parte de la empresa o que es creado a pedido de la empresa y que debe utilizarse principalmente para fines laborales. Por lo tanto, al ser Facebook un medio de comunicación extremo a los instrumentos que brinda el empleador a su trabajador, debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

34. Asimismo, la empresa demandada ha buscado justificar el despido a través de un informe realizado por la asistente con la que el recurrente tuvo la conversación de Facebook (folio 9), en el cual señala que durante el horario de refrigerio del día en el que se produjo la conversación por Facebook, el recurrente le confesó que ya contaba con las claves necesarias para ingresar al sistema de información reservada de la empresa. Sin embargo, es necesario anotar que no se ha demostrado con este medio probatorio que el accionante haya incurrido en la falta que se le imputa, la cual consiste en acceder a dicho sistema de información, sino que únicamente demuestra que el recurrente conocía dichas claves.
35. Por tanto, al no permitir los medios probatorios concluir que se incurrió en la falta imputada, este Tribunal considera que nos encontramos ante a una violación del debido proceso, específicamente ante una falta de motivación interna del razonamiento utilizado para aplicar el despido, pues los argumentos utilizados para la decisión no muestran una corrección lógica al concluir que el actor efectivamente ingresó al sistema informático reservado de la empresa demandada.
36. En relación con la segunda falta imputada, el demandante señala en sus descargos que no era posible afirmar la existencia de una resistencia del recurrente a los requerimientos reiterados por parte de la empresa demandada para que cumpla con entregar los documentos relacionados con cuentas pendientes por rendir. El accionante sustenta ello en base al Informe No. 0449-2014-OL-EHSA, emitido por el Jefe de Logística, de fecha 13 de octubre de 2014, en el cual se expresa la disponibilidad de la Jefatura para que se culmine la entrega de los documentos pendientes (folio 15). El recurrente alega en sus descargos que ese informe fue recibido cuando restaban solo 10 minutos para el cierre de las actividades administrativas de la empresa, siendo muy corto el tiempo para cumplir con lo requerido. Finalmente, señala que fue notificado con la carta de pre-aviso el 14 de octubre de 2014, por lo que no contó con el tiempo necesario para cumplir con el requerimiento de la empresa demandada.
37. En relación con dicha falta, puede verificarse que la carta de despido no ha tomado en cuenta los argumentos señalados por el recurrente en sus descargos, limitándose a repetir que existía un incumplimiento en la entrega de los documentos pendientes a pesar de los requerimientos reiterados por parte de la empresa. En ese sentido, este Tribunal considera que aquí también se ha producido una violación del debido proceso, específicamente al encontrarnos ante una motivación sustancialmente incongruente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

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 los derechos al trabajo y al debido proceso. En consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** a la Emapa Huaral S.A. que reponga a don Marco Antonio Paucarcaja Mercado como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o 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 los costos procesales.

Publíquese y notifícase.

SS.

BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo de los fundamentos 2 al 5, por las consideraciones que paso a exponer:

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sin hacer previamente el análisis de los criterios del precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso.
2. En efecto, el amparo es idóneo en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la Justicia Constitucional constituye una vía célere para atender el derecho de la demandante, característica 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.
3. Es decir, sí se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa. En el presente caso, el demandante viene litigando desde el 28 de octubre de 2014 (hace más de 3 años y 8 meses), por lo que, obviamente, no resulta igualmente satisfactorio a su pretensión que, estando en un proceso avanzado en la Justicia Constitucional, se pretenda condenarla a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.
4. De otro lado es preciso señalar que es importante tener en cuenta que con el fin de no vulnerar el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el artículo 2 inciso 10, es preciso que los empleadores previamente comuniquen a los trabajadores respecto a la posibilidad de fiscalización en los dispositivos informáticos puestos a disposición por el empleador y que previamente se hayan dispuesto las reglas respecto a los usos de estos teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad con el fin de no vulnerar derechos fundamentales como los antes mencionados.

S.
BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Estoy de acuerdo con lo finalmente resuelto en esta sentencia. Sin embargo, formulo este fundamento de voto debido a que deseo efectuar algunas precisiones sobre el uso de redes sociales y la fiscalización con la que cuenta el empleador.

Como se conoce, en este caso se solicita que se deje sin efecto un despido arbitrario que se había originado por una acusación basada en un informe del Jefe de Logística, quien habría accedido a una conversación en la red social Facebook en la que el recurrente y un asistente, según se indica, discutían acerca del acceso a la clave de seguridad del sistema de información reservada de la empresa.

Ahora bien, la ponencia elabora un desarrollo interesante respecto de la atribución del empleador de poder efectuar esta clase de controles, y sostiene, en el párrafo 29, que el empleador tiene plena potestad de fiscalizar e intervenir correos electrónicos institucionales si es que previamente comunicó al trabajador sobre dicha posibilidad y acerca de las reglas aplicables a su uso.

Estoy de acuerdo con ello, tal y como lo expresé en mi fundamento de voto recaído en la STC 05532-2014-PA. Sin embargo, estimo que, en este caso, se encuentra en discusión una cuestión distinta a la del uso del correo electrónico institucional, ya que lo que se plantea en la demanda tiene que ver con el empleo de una red social. Ahora bien, la ponencia también explica esta distinción, y en el fundamento 33 indica que, a diferencia de lo que ocurre con los correos institucionales, cualquier intervención en una red social como Facebook se entiende como contraria al derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Es en este punto en el que deseo manifestar mi discrepancia. La ponencia indica en ese mismo fundamento que Facebook es un medio de comunicación externo a los instrumentos que brinda el empleador a su trabajador, y esto no necesariamente es así. Pueden existir trabajos como los de administradores de redes sociales (*community manager*) en los que la principal herramienta de trabajo es, precisamente, el empleo del Facebook, Twitter, u otra clase de plataformas. Es natural que, en esta clase de trabajos, el empleador se encuentre interesado respecto de la forma en que la página de su empresa o institución es administrada, por lo que bien podría fiscalizar los contenidos y las conversaciones que, en el uso de esa cuenta, realice el trabajador. Por ejemplo, es relevante, para la imagen de la empresa, examinar el trato que se tiene con los clientes en las conversaciones o los contenidos que se colocan en la página.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

Evidentemente, esto no abarca la posibilidad de controlar la red privada del trabajador.

Sin embargo, es evidente que, con el trazado previo de reglas relativas al empleo de esta herramienta, pueda el empleador imputar faltas como las de, por ejemplo, hacer un uso desmedido de la red privada en horas de trabajo, ya que ese tiempo invertido puede ser perjudicial para un prolijo uso de la red social de la institución.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lpderecho.pe



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, por las siguientes razones:

1. El demandante solicita que se ordene su reposición como Técnico en Catastro Comercial de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado EMAPA HUARAL S.A., dado que, según sostiene, ha sido objeto de un despido arbitrario.
2. A mi consideración, en el caso de autos, no se puede establecer con certeza la comisión de las faltas graves que se le imputan al actor, como no cumplir adecuadamente con las funciones propias del cargo que desempeñaba, acceder a información clasificada y a un sistema de la entidad sin autorización, entre otras conductas que también se le atribuyen, toda vez que en autos no existen elementos probatorios suficientes que permitan determinar de modo fehaciente si incurrió en responsabilidad por los hechos atribuidos como falta grave.
3. De las cartas de imputación de cargos y de despido obrantes de fojas 4 a 6 y de 2 a 3, respectivamente, se advierte que el cese del actor se sustenta en haber incurrido en las conductas descritas en el artículo 25, incisos a) y d), del Decreto Supremo 003-97-TR, esto es, el quebrantamiento de la buena fe laboral y la información falsa proporcionada al empleador con la intención de causarle un perjuicio u obtener una ventaja, lo cual también se establece en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa emplazada.
4. Por otro lado, la demandada sostiene que el actor incumplió las funciones señaladas en el ROF y el MOF institucional, al hacer uso indebido de información clasificada sin contar con la debida autorización, ingresar a un sistema de la entidad sin estar autorizado para ello, no haber hecho entrega del cargo (cuando ocupaba el cargo de jefe de logística) pese a los requerimientos efectuados, entre otros hechos. En los referidos documentos se indica también que el demandante habría recibido anteriormente otras sanciones por atentar contra la correcta administración de la entidad.
5. Por su parte, el actor manifiesta que la demandada ha fabricado pruebas; niega haber cometido alguna de las faltas que se le atribuyen e insiste en que son falsos los hechos que se pretende imputarle como faltas graves, toda vez que no se especificó debidamente qué funciones no habría cumplido. Además de ello, los informes en los cuales se sustentan las acusaciones en su contra adolecen de varios errores y contienen información incorrecta. Afirma también que para imputarle tales faltas se accedió a información personal de una red social, por lo que no pueden constituir una prueba válida en el procedimiento de despido (f.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

16). No obstante, se puede advertir que la adjudicación de dicha falta no solo se sustenta en la conversación electrónica mencionada, según lo refiere el Informe 434-2014-OL-EHSA emitido por el Jefe de Logística con fecha 30 de setiembre de 2014 (f. 10).

6. Y si bien el actor sostiene en su demanda que su despido sería consecuencia de su actividad sindical, en autos no existen elementos suficientes que acrediten que su despido haya sido motivado por formar parte del sindicato.

En ese sentido, en vista que el proceso de amparo carece de etapa probatoria que permita dilucidar la presente causa, la demanda debe rechazarse de plano, dejándose a salvo el derecho del actor para que reclame en la vía correspondiente. En consecuencia, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

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 legislativo³.

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 justa⁴.

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).

³ 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.

⁴ Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

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

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

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

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

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

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

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

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

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización ⁵.

⁵ 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° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

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° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

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 urgente⁶.

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

⁶ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, considero que la presente demanda debe ser declarada improcedente, por los fundamentos que a continuación expongo:

Delimitación del Petitorio

1. El demandante sostiene que ha sido despedido arbitrariamente, debido a que se le ha imputado falsamente la comisión de una falta en base a la intervención de una conversación privada en una red social, así como por haberse emitido la carta despido antes del término del plazo para la formulación de sus descargos. Solicita que se ordene su reincorporación en la empresa demandada como trabajador a plazo indeterminado. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la intimidad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso.

Sobre la aplicación del Precedente Elgo Ríos

2. En el precedente Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional precisa los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.
3. Al respecto, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:
 - a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
 - b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
4. En el presente caso al no encontrarse vigente la Nueva Ley Procesal de Trabajo, por lo que la perspectiva objetiva ha sido superada. Sin embargo, desde la perspectiva subjetiva, no se advierte una necesidad de tutela de urgencia, más aún cuando se ve que ha ocupado el cargo de técnico en catastro comercial, lo cual no calza en los supuestos desarrollados en el criterio Cruz Llamas, es decir, no está en los supuestos de obrero municipal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

5. En consecuencia, al no superarse lo señalado tanto en el precedente Elgo Ríos como en el criterio Cruz Llamas, el proceso de amparo no es la vía idónea para resolver este tipo de controversias. En ese sentido, la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

S.

MIRANDA CANALES

Lpderecho.pe



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

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 2°, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59°; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61° 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.

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00943-2016-PA/TC
HUAURA
MARCO ANTONIO PAUCARCAJA
MERCADO

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.

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. En él señalé que, en mi opinión, los criterios allí detallados generan un amplio margen de discrecionalidad, en perjuicio de la predictibilidad que requiere el estado de derecho.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA