SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de febrero de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Walter Gusmaldo Chirinos Herrera contra la resolución de fecha 24 de noviembre de 2014, de fojas 420, expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 27 de diciembre de 2013 y escrito subsanatorio de fecha 24 de enero de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Compañía Minera Antapaccay y solicita que se deje sin efecto la carta de despido recibida el 30 de noviembre de 2013 que resuelve su vínculo laboral; y que, en consecuencia, sea reincorporado a su puesto de supervisor de chancado. Sostiene que trabajó para la emplazada por más de 28 años de manera ininterrumpida, pese a lo cual ha sido objeto de un despido nulo porque fue cesado como represalia por haberse constituido el Sindicato de Trabajadores Funcionarios de la Compañía Minera Antapaccay (Sitramina), en el que fue elegido secretario de prensa y propaganda.

Señala que con fecha 23 de noviembre de 2013 se constituyó el referido sindicato y que el 27 de ese mismo mes y año fue inscrito en el Registro de Organizaciones Sindicales de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Cusco, pero que solo 3 días después fue despedido por la demandada aduciendo un supuesto retiro de confianza. Manifiesta que su despido es nulo porque se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical que comprende el derecho a constituir una organización sindical y ser elegido como dirigente sindical, así como también el derecho de afiliarse a un sindicato, y que ello es manifiesto porque su cese se produjo sólo unos días después de que se constituyera el Sitramina y que sea elegido como uno de los dirigentes sindicales, ocupando el cargo de secretario de prensa y propaganda.

Afirma el actor que al igual que él, otros dos dirigentes sindicales también fueron víctimas de despido nulo, y que, además, cuatro trabajadores que participaron en la constitución y se afiliaron al Sitramina fueron despedidos por el mismo motivo, lo que evidencia la actuación de la emplazada de cesar a los trabajadores solo por el hecho

de ejercer su derecho a la libertad sindical, reconocido en los artículos 2 literal l) y 28 de la Constitución Política del Perú, así como en el artículo 2 del Decreto Supremo 010-2003-TR y en convenios internacionales.

El apoderado de la emplazada deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda, argumenta que la controversia debe ser resuelta en la vía del proceso ordinario laboral por ser una vía igualmente satisfactoria, toda vez que el proceso abreviado es el indicado para cuestionamientos relativos a despidos en los que se alega su nulidad por actos antisindicales del empleador, el cual, a diferencia del proceso de amparo, tiene una etapa probatoria. Manifiesta que el actor no acredita haber sido objeto de un despido nulo derivado de su nombramiento como secretario de prensa y propaganda del Sitramina porque en la fecha en la que se procedió a retirarle la confianza la emplazada aún no había sido comunicada formalmente sobre la existencia de dicho sindicato, pues esta recién se produjo el 4 de diciembre de 2013, y antes de esa fecha no se conocía que el actor había sido elegido como dirigente sindical.

Señala que en el año 2013 se produjo el cierre de las operaciones en la mina de Tintaya, por lo que un buen número de su personal pasó a la mina de Antapaccay, motivando una situación de excedencia de trabajadores, siendo necesario un proceso de desvinculación de dicho personal, procediendo a negociar con ellos para que acepten sus ceses. Refiere que entre octubre y diciembre de 2013 se produjo el cese de 149 trabajadores, la mayoría por mutuo disenso, pero que en otros casos tuvo que adoptarse otras medidas, como en el caso del actor quien fue cesado por razones de excedencia, invocándose el retiro de la confianza porque no aceptó de manera voluntaria el término de su vínculo contractual, por tanto, no le corresponde la reposición sino el pago de la indemnización prevista en el artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Sostiene que el demandante se desempeñaba como supervisor de chancado, ocupando un cargo de confianza conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, y que el retiro de la misma se efectuó conforme a ley, por lo que no se puede afirmar que haya existido un despido nulo fundado en supuestos motivos antisindicales, más aún sin el recurrente no acredita ello. Refiere que por las funciones que realizaba el actor (supervisar, controlar y optimizar el chanchado primario de la concentradora Antapaccay), su cargo era de confianza, además porque tenía que reportar directamente con un personal de dirección como lo es el Superintendente de Producción.

El Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo del Cusco con fecha 4 de julio de 2014 declaró infundada la excepción de incompetencia por razón de la materia; con fecha 22 de julio de 2014 declaró infundado el pedido de nulidad del auto admisorio; y con fecha 1 de octubre de 2014 declaró fundada la demanda por estimar que tanto el actor como otros trabajadores se encontraban protegidos por el fuero

sindical desde el 25 de noviembre de 2013, fecha en la que se presentó la solicitud de inscripción del sindicato, por tanto la demandada para despedirlo debió invocar una causa justa prevista en la ley, ello en virtud a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Supremo 010-2003-TR.

El *A quo* señala que no está acreditado que en los hechos el actor se desempeñara como trabajador de confianza, por tanto no correspondía despedirlo argumentándose el retiro de la confianza. Señala que el demandante fue víctima de un despido nulo y que corresponde ordenar su reincorporación toda vez que se vulneraron sus derechos al trabajo y a la libertad sindical al comprobarse que su despido obedeció a la constitución del Sitramina y a su condición de dirigente sindical.

La Sala revisora revoca la apelada y declara infundada la demanda por considerar que el artículo 31 del Decreto Supremo 010-2003-TR debe ser concordado con el artículo 26 del Decreto Supremo 011-92-TR, lo que exige que el sindicato, a través de su junta directiva, cumpla con comunicar a su empleador sobre la constitución del mismo, para así poder proteger a sus trabajadores afiliados y a la dirigencia sindical, de cualquier accionar del empleador que pretenda vulnerar el derecho a la libertad sindical.

El *Ad quem* sostiene que no está probado que la emplazada haya conocido de la constitución del sindicato y que por ese motivo se despidiera al demandante, pues el cese del actor es anterior a su comunicación, por tanto no es posible sostener que el despido del actor sea nulo al no existir afectación del derecho a la libertad sindical. Finalmente, precisa que no corresponde pronunciarse sobre el cese sustentando, según la carta del 30 de noviembre de 2013, en el retiro de la confianza, por cuanto el demandante no cuestiona ese argumento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se ordene su reposición laboral en el cargo de supervisor de chancado por haber sido víctima de un despido nulo. Alega que su despido estuvo motivado por la constitución del Sindicato de Trabajadores Funcionarios de la Compañía Minera Antapaccay, en el que además fue elegido como secretario de prensa y propaganda, vulnerándose su derecho a la libertad sindical y al trabajo. Refiere que otros trabajadores (dirigentes sindicales y afiliados) también fueron despedidos por el mismo motivo, lo que evidencia, aún más, que en esos casos la emplazada ha actuado con manifiesta afectación de los derechos sindicales, pese a que éstos se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú, en normas de derecho interno y en convenidos internacionales.

Análisis de procedencia de la demanda

2. Este Tribunal ha señalado, en la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, que la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, desde la *perspectiva objetiva* debe atenderse a la *estructura del proceso*, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea). También a la *idoneidad de la protección* que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).

3. Por otra parte, y desde la *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

4. Con respecto a la necesidad de tutela urgente por la magnitud del bien involucrado o del daño, este mismo Tribunal ha sostenido que en determinados casos es necesario analizar si, "aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, *en virtud de las circunstancias del caso*, una tutela jurisdiccional *urgentísima y perentoria*" (RTC Exp. n.° 09387-2006-AA, f. j. 3). En otras palabras, que debe admitirse a trámite el amparo, de manera excepcional, cuando lo alegado "pone de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria" (ídem, f. j. 4).

5. Además, para medir la magnitud del bien involucrado debe tomarse en cuenta que bien puede existir una múltiple vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales. En este caso, por un mismo acto lesivo (el despido), se corrobora que, en principio, no puede reclamarse solo la pertinencia de la libertad sindical como derecho que asistiría al demandante, sino también puede invocarse derechos como el derecho al trabajo y el derecho a la no discriminación.

6. Esta confluencia o concurrencia de derechos fundamentales respecto de la posición iusfundamental enjuiciada hace que, para efectos del análisis de procedencia, pueda

acreditarse una urgencia por la magnitud del daño en los bienes involucrados. En consecuencia, la demanda supera el análisis de procedencia, al menos en lo que respecta a la aplicación del precedente "Elgo Ríos".

Análisis del caso concreto
Argumentos de la parte demandante

7. El recurrente solicita que se deje sin efecto la carta de despido recibida el 30 de noviembre de 2013, pues sostiene que si bien la demandada señala que el cese se sustenta en el retiro de la confianza, en realidad, fue objeto de un despido nulo al ser despedido por constituir, conjuntamente con otros trabajadores, el Sitramina, y ser elegido como su secretario de prensa y propaganda, hecho que se encuentra acreditado dado que su despido se efectuó solo días después de la constitución e inscripción del referido sindicato.

8. Señala que se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical que comprende el derecho a constituir una organización sindical y ser elegido como dirigente sindical, así como también el derecho de afiliarse a un sindicato, derecho sindicales reconocidos en la Constitución Política del Perú, el Decreto Supremo 010-2003-TR, otras normas de derecho interno, así como en convenios internacionales.

Argumentos de la parte demandada

9. La emplazada manifiesta que existe una vía igualmente satisfactoria para dilucidar la controversia. Afirma que el actor era un trabajador de confianza y que no acredita el despido nulo porque en la fecha en que se le retiró la confianza la emplazada aún no era comunicada de la constitución del Sitramina, pues esta recién se realizó el 4 de diciembre de 2013, y antes de esa fecha no se conocía que el actor había sido elegido secretario de prensa y propaganda.

10. Refiere que debido al cierre de la mina Tintaya y al traspaso de algunos de sus trabajadores a la mina Antapaccay se produjo una situación de excedencia del personal, por lo que entre octubre y diciembre de 2013 se efectuó el cese de 149 trabajadores, la mayoría por mutuo disenso, pero que en el caso del actor se optó por retirarle la confianza y cesarlo porque no aceptó de manera voluntaria el término de su vínculo contractual, correspondiéndole entonces únicamente el pago de la indemnización prevista en el artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Análisis de la controversia

11. A fojas 37 obra la carta de despido de fecha 29 de noviembre de 2013 dirigida al actor, mediante la cual la emplazada le comunicó el término de su vínculo

Superderecho.pe

contractual laboral, invocando el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, y señalando que al haber laborado en un cargo de confianza, se procedía al retiro de la misma. En dicho documento se consigna que aún cuando el cese del demandante se efectuaba conforme a ley, se le pagaría sus beneficios sociales y la indemnización prevista para los casos de despido arbitrario.

12. Al respecto, este Tribunal debe precisar que si bien la emplazada aduce que el actor era un trabajador de confianza, en la sentencia emitida en el Expediente 0575-2011-PA/TC, se ha establecido que: *"(...) la realidad de los hechos y la naturaleza de las labores son la que determinan si un cargo es, o no, de confianza o de dirección (...)"*. Por tanto, a fin de determinar si un trabajador es de confianza, se deberá analizar el presente caso en función a lo dispuesto en las sentencias emitidas en los expedientes 03501-2006-PA/TC y 0575-2011-PA/TC.

13. Siendo así, tenemos que conforme a las funciones que debía realizar el actor en el cargo de supervisor de chancado según el documento denominado "Descripción del Puesto", presentado por la emplazada (f. 188 a 198), no se trataba de un trabajador de confianza, por lo que no correspondía ser cesado invocándose el retiro de la confianza depositada en un trabajador sino por una causa justa de despido prevista en la ley.

14. Por tanto, habiéndose concluido, por la naturaleza de las funciones que realizaba, que el actor no era un trabajador de confianza, se procederá a analizar si en el presente caso se vulneró el derecho a la libertad sindical y si el demandante fue víctima de un despido nulo como sostiene.

15. El artículo 28 de la Constitución Política del Perú establece que "*El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático. 1. Garantiza la libertad sindical*". En esa línea a través de la sentencia emitida en el Expediente 0008-2005-PI/TC este Tribunal dispuso que la libertad sindical se define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, e indica también que la libertad sindical *intuito persona* se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución.

16. Por su parte, el artículo 11 del Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, señala que los estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores el libre ejercicio del derecho de sindicación. El artículo 3.1) del Convenio precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y de formular su programa de acción.

Lp derecho.pe

17. Asimismo, el artículo 1 del Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva dispone que:

> *"1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.*
>
> *2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:*
>
> *a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;*
>
> *b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.".*

18. Bajo esa perspectiva normativa, en la sentencia emitida en el Expediente 04468-2008-AA/TC, este Tribunal señaló que:

> "(…) conviene traer a colación lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT con relación a la libertad sindical:
>
> "Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo - tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales- y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato. El Comité ha estimado que tal garantía, en el caso de dirigentes sindicales, es también necesaria para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores han de contar con el derecho de escoger a sus representantes con plena libertad" (La libertad sindical. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición (revisada) 2006) (Subrayado agregado) (STC N.° 08330-2006-PA).".

19. En ese mismo sentido, el inciso a) del artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR prescribe que se considera nulo el despido que tenga por motivo la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales. Por su parte, el Decreto Supremo 010-2003-TR, en su artículo 4, establece que:

> "El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen".

20. Así tenemos que, de fojas 8 a 34 de autos se corrobora que con fecha 23 de

LP derecho.pe

noviembre de 2013, se constituyó el Sindicato de Trabajadores Funcionarios de la Compañía Minera Antapaccay (Sitramina), acto en el cual también se eligió a su junta directiva, y donde el demandante fue nombrado como secretario de prensa y propaganda. Asimismo, con fecha 27 de noviembre del mismo año se inscribió el referido sindicato en el Registro de Organizaciones Sindicales de la Sub Dirección de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Cusco (f. 35 y 36).

21. A su vez, el artículo 30 del Decreto Supremo 010-2003-TR dispone *"El fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación"*. Y su artículo 31 establece que:

"Están amparados por el fuero sindical:

a) Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después.

b) Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales.

22. Por tanto, dado que el demandante fue despedido el 30 de noviembre de 2013 (f. 37), esto es, con posterioridad a la constitución y registro del Sitramina (23 y 27 de noviembre de 2013, respectivamente), y en virtud a lo establecido en los fundamentos 15 a 19 y 21 *supra*, que recogen lo relativo al reconocimiento, alcances y protección del derecho a la libertad sindical previsto en la Constitución Política del Perú, convenios internacionales, normas jurídicas de derecho interno, y jurisprudencia de este Tribunal, se concluye que el demandante fue objeto de un despido nulo, fundado en una conducta antisindical por parte de la emplazada, dado que se vulneró el derecho a la libertad sindical previsto en el artículo 28 de la Constitución.

23. Lo antes señalado se refuerza con la documentación que obra de fojas 39 a 50, puesto que de ella se advierte que entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre de 2013, con el mismo argumento que el utilizado para el presente caso, la demandada cesó también a los señores Cosme Bayona Caraza y Joel Hernández Tejada, quienes junto con el actor formaban parte de la dirigencia sindical (f. 36), así como a los señores Zenón Bautista Bolívar, Gerardo Machacca Taipe, Ángel Aparicio Arispe y David Antero Tito Flores, quienes se afiliaron al Sitramina (f. 32 a 34).

24. En consecuencia, al comprobarse que el despido del demandante estuvo motivado por su afiliación a una organización sindical y por ser elegido dirigente sindical del mismo, es decir, por haber hecho ejercicio de su derecho a la libertad sindical, en el

lpderecho.pe

presente caso se ha configurado un despido nulo por lo que corresponde la reincorporación del demandante.

Efectos de la sentencia

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

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

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la libertad sindical; en consecuencia, NULO el despido de que ha sido objeto el demandante.

2. **ORDENAR** que la Compañía Minera Antapaccay S.A. reponga a don Walter Gusmaldo Chirinos Herrera como trabajador en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PONENTE
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lpderecho.pe

EXP. N.° 00209-2015-PA/TC
CUSCO
WALTER GUSMALDO CHIRINOS HERRERA

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.

LpDerecho

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

Lpderecho.pe

EXP. N.° 00209-2015-PA/TC
CUSCO
WALTER GUSMALDO CHIRINOS HERRERA

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.

El demandante alega que su despido, ocurrido el 30 de noviembre de 2013, es nulo pues es consecuencia de su afiliación a un sindicato, en el que además fue elegido secretario de prensa y propaganda (cfr. fojas 53).

Sin embargo, a partir de los medios probatorios adjuntados, no es posible determinar que tal despido tenga por motivo la afiliación sindical, pues mientras el recurrente dice que la demandada tenía conocimiento de su sindicalización en la mencionada fecha (30 de noviembre de 2013), la demandada señala que recién el 2 de diciembre de 2013 el sindicato solicitó a la Autoridad de Trabajo que notifique a la demandada la inscripción sindical (lo que ocurrió el 4 diciembre de 2013), por lo que ésta no tuvo ninguna comunicación formal sobre la constitución del sindicato ni su elección como secretario de prensa y propaganda en la fecha de cese del demandante (cfr. fojas 230).

Por ello, estimo que resulta necesaria una mayor actuación probatoria para resolver esta controversia, de conformidad con el artículo 9 del Código Procesal Constitucional.

Siendo esto así, debe evaluarse si lo pretendido en la demanda puede ser dilucidado en una vía diferente a la constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, 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.

En el caso de autos, el proceso laboral de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. Es decir, el proceso laboral se constituye en una vía célere y

Legalerecho.pe

eficaz respecto del amparo, donde puede resolverse el caso propuesto por el demandante. Por tanto, existe una vía igualmente satisfactoria que es el proceso laboral.

Ahora bien, atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta el 27 de diciembre de 2013 y subsanada el 24 de enero de 2014, es decir con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC en el diario oficial El Peruano, corresponde habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la precitada sentencia.

Por último, debo señalar que el fundamento 13 de la ponencia afirma (a partir de la lectura del documento "descripción del puesto") que el demandante no es un trabajador de confianza, pero sin indicar las razones que le llevan a esa conclusión. En mi opinión, se estaría incurriendo aquí en una ausencia de la debida motivación, lo cual es especialmente sensible en este caso, si se tiene en cuenta que para ser miembro de un sindicato se requiere "no formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita", según el artículo 12, inciso b), del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Por lo demás, el demandante parecería no negar su calidad de trabajador de confianza, cuando afirma lo siguiente:

> "En lo que respecta a lo sostenido por la demandada en la carta de despido en el sentido de que lo que se ha producido es el término de la relación laboral por pérdida de confianza, ello constituiría un típico acto de abuso del derecho, porque de aceptarse implicaría que los trabajadores de confianza estarían impedidos de sindicalizarse y no podrían constituir sindicatos, pues sería suficiente que se les retire la confianza a los constituyentes del sindicato, para que no puedan ejercer la libertad sindical (...). Bajo esta perversa lógica sería imposible que se constituyan sindicatos de funcionarios y/o que los funcionarios se afilien a una organización sindical (...)" (fojas 59).

En atención a estas consideraciones, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

2. Habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados,

Lineerecho.pe

conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lpderecho.pe