



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de febrero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 31 de octubre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa. Se deja constancia que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Cosme Bayona Carazas contra la resolución de fecha 4 de diciembre de 2014, de fojas 429, 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 recepcionada el 30 de noviembre de 2013, que resuelve su vínculo laboral; y que, en consecuencia, se lo reincorpore a su puesto de catalogador, más el pago de los costos y costas del proceso. Sostiene que laboró para la emplazada por más de 12 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 general.

Señala que con fecha 23 de noviembre de 2013 se constituyó el referido sindicato y que el 27 de ese mismo mes 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 solo unos días después de que se constituyera el Sitramina y fuera elegido como uno de los dirigentes sindicales, ocupando el cargo de secretario general.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

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 empleada de cesar a los trabajadores solo por el hecho de ejercer su derecho a la libertad sindical, reconocido en los artículos 2, literal 1, 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 empleada 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 general del Sitramina porque en la fecha en la que se procedió a retirarle la confianza la empleada 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 secretario general.

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 tuvieron 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 catalogador, ocupando un cargo de confianza conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, y que el retiro de esta 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 si el recurrente no acredita ello. Refiere que por las funciones que realizaba el actor (responsable de la selección de clientes), su cargo era de confianza, además porque tenía que reportar directamente con un personal de dirección como lo es el supervisor de planeamiento y almacén.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

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; y con fecha 1 de octubre de 2014, declaró fundada la demanda por estimar que el actor y otros trabajadores se encontraban protegidos por el fuero sindical desde el 23 de noviembre de 2013, fecha en la que se constituyó el sindicato, por tanto, la demandada para despedirlo debió invocar una causa justa prevista en la ley, en virtud de 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 y que, además, en autos se corroboró que antes de ocupar el cargo de catalogador se desempeñó en otros puestos, como el de técnico III; 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 revocó 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 la constitución de este, 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 cuestionado ese argumento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se ordene su reposición laboral en el cargo de catalogador 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 general, vulnerándose su derecho a la libertad sindical y al trabajo. Refiere que otros trabajadores (dirigentes sindicales y afiliados) también fueron despedidos por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

el mismo motivo, lo que evidencia, aún más, que en esos casos la emplazada ha actuado con manifiesta afectación los derechos sindicales, pese a que estos se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú, en normas de derecho interno y en convenidos internacionales.

Procedencia de la demanda

2. En primer término, cabe mencionar la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015.
3. Conforme a los presupuestos establecidos en el fundamento 15 de la referida sentencia, este Tribunal considera que para el caso en concreto, se debe realizar un pronunciamiento atendiendo al fondo del asunto, ya que existe necesidad de una tutela urgente en el caso de autos, toda vez que el actor tanto en su demanda como durante todo el desarrollo del presente proceso afirma la existencia de un despido nulo derivado de la afectación de su derecho a la libertad sindical (derecho a constituir un sindicato y a afiliarse a este).
4. Por tanto, dado que la presente demanda tiene por objeto que cese la violación de los derechos constitucionales a la libertad sindical y al trabajo; y que, en consecuencia, se ordene la reposición del actor por haber sido víctima de un despido nulo; y conforme se señaló precedentemente y a la línea jurisprudencial de este Tribunal, el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger el derecho a la libertad sindical, por lo que se procederá a analizar el fondo de la controversia a fin de determinar si en el caso de autos existió un despido nulo.

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

5. El recurrente solicita que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 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 general, hecho que se encuentra acreditado dado que su despido se efectuó solo días después de la constitución e inscripción del referido sindicato. 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, derechos sindicales reconocidos en la Constitución Política del Perú, el Decreto Supremo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

010-2003-TR, otras normas de derecho interno, así como en convenios internacionales.

Argumentos de la parte demandada

6. 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 general. 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

7. 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 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 esta. En dicho documento se consigna que aún cuando el cese del demandante se efectuaba conforme a ley, se le pagarían sus beneficios sociales y la indemnización prevista para los casos de despido arbitrario.
8. 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 lo siguiente: “(...) 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.

Siendo así, tenemos que conforme a las funciones que debía realizar el actor en el cargo de catalogador según el documento denominado “descripción del puesto”, presentado por la emplazada (folios 256 a 259), 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

9. Por tanto, habiéndose concluido por la naturaleza de las funciones que realizaba que el actor no era un trabajador de confianza y, conforme a lo expuesto en el fundamento 6 *supra*, 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.
10. El artículo 28 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “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 *intuitu persona* se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución.
11. 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.
12. Asimismo, el artículo 1 del Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, dispone lo siguiente:
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.

[Handwritten signature]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

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

(...) 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.º 08330-2006-PA).

14. 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 :

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.

15. Así tenemos que, de fojas 8 a 34 de autos, se corrobora que con fecha 23 de 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, siendo el demandante nombrado como secretario general. Asimismo, con fecha 27 de ese mismo mes y año se inscribió el referido sindicato en el Registro de Organizaciones Sindicales de la Subdirección de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Cusco (folios 35 y 36).
16. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación". Y su artículo 31 establece:

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.

17. Por tanto, dado que el demandante fue despedido el 30 de noviembre de 2013 (folio 37), con posterioridad a la constitución y registro del Sitramina (23 y 27 de noviembre de 2013 respectivamente), y en virtud de lo establecido en los fundamentos 11 a 15 y 17 *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 empleada, dado que se vulneró el derecho a la libertad sindical previsto en el artículo 28 de la Constitución.

18. 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 Walter Chirinos Herrera y Joel Hernández Tejada, quienes junto con el actor formaban parte de la dirigencia sindical (folio 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 (folios 32 a 34).

19. En consecuencia, al comprobarse que el despido del demandante estuvo motivado por su afiliación a una organización sindical y por ser elegido dirigente sindical de este; es decir, por haber hecho ejercicio de su derecho a la libertad sindical, en el presente caso se ha configurado un despido nulo conforme a lo dispuesto en el artículo 29, inciso "a", del Decreto Supremo 003-97-TR, por lo que corresponde la reincorporación del demandante.

Efectos de la sentencia

20. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la empleada ha vulnerado el derecho constitucional a la libertad sindical, corresponde ordenar la reposición del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

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.

21. 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, declarar **NULO** el despido de que ha sido objeto el demandante.
2. **ORDENAR** que la Compañía Minera Antapaccay SA reponga a don Cosme Bayona Carazas 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
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS



VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito con fecha posterior el presente voto, con el cual me adhiero a los fundamentos y a lo resuelto por la mayoría de mis colegas para que la demanda sea declarada **FUNDADA**, por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la libertad sindical. En consecuencia, considero que se debe declarar **NULO** el despido del que ha sido objeto el demandante. Asimismo, corresponde **ORDENAR** que la demandada reponga al recurrente como trabajador en su mismo puesto de trabajo o en otro igual o de 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 costas y costos del proceso.

Lima, 25 de junio de 2018.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:


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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, debo plantear lo siguiente:

1. El presente caso presenta varias aristas que merecen algunos fundamentos adicionales a los expuestos en la sentencia, tanto respecto de temas de procedencia (mas no por ello temas solo formales), como en el asunto de fondo, que se relaciona a la libertad sindical. En ese sentido, plantearé dos grupos de argumentos en torno a lo que considero debió precisarse en la sentencia en mayoría.

Sobre la procedencia de la demanda

2. El precedente "Elgo Ríos" (02383-2013-PA/TC), emitido por este Tribunal el 22 de julio de 2015, supuso un cambio importante en la interpretación que se había estado haciendo del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, el artículo referido a la vía igualmente satisfactoria.
3. En este precedente se ofrecieron cuatro criterios que, a modo de test, debían analizarse en cada caso concreto para sostener si existe una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo para resolver la controversia en cuestión. Con ello, planteamos, que no debía insistirse en una lógica de listas de temas para distinguir cuando algo corresponde ser visto por la judicatura constitucional de cuando algo debe ir a una vía ordinaria.
4. De otro lado, conviene tener presente que un precedente anterior a "Elgo Ríos", el precedente "Baylón Flores" (STC 00206-2005-PA/TC), todavía vigente en lo referido a sus referencias a conceptos de naturaleza laboral material, señalaba expresamente que "(...) los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos." (f. 14). Se establecía así una línea directa para casos en los que se vulneraba o amenazaba la libertad sindical para que puedan ser vistos en amparo, aun cuando el proceso laboral pudiera ser igualmente tuitivo.
5. Los presupuestos para sustentar el razonamiento recogido en el fundamento anterior han sido expuestos por el Tribunal en el desarrollo de su jurisprudencia,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC

CUSCO

COSME BAYONA CARAZAS

mas no se habrían explicado las razones por las cuales ciertos temas, como la libertad sindical, se consideran con mayor relevancia constitucional que otros. Es más, la generación de una vía directa al amparo no parecería ser conforme a una serie de posiciones asentadas por el Tribunal Constitucional y la doctrina constitucional como son la subsidiariedad o residualidad del amparo, la pretensión de que son los jueces del Poder Judicial los llamados a realizar el control de constitucionalidad, o los alcances de la constitucionalización del Derecho laboral, entre otros postulados que suelen afirmarse junto a reglas como la que he mencionado.

6. Frente a estas imprecisiones, el precedente "Elgo Ríos" plantea una serie de pautas argumentativas para los operadores de justicia que va más allá de la asignación injustificada e indiscriminada del tratamiento de algunos procesos al amparo sin importar las circunstancias de ello. El precedente "Elgo Ríos" obliga a argumentar en torno a sus cuatro criterios, que a continuación reitero, sin determinar a priori cual debe ser el resultado:
 - a. Estructura idónea, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz.
 - b. Tutela idónea, que mide la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración
 - c. Urgencia como amenaza de irreparabilidad, donde se evalúa si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada
 - d. Urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño, donde se evalúa la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir
7. Una aplicación completa de "Elgo Ríos" no podrá ser, por tanto, una que solo haga referencia al alegato de parte para ingresar al fondo, ni tampoco podrá ser aquella que, relevándose de cualquier análisis adicional, asuma los criterios del caso "Baylón Flores".
8. Lo afirmado no quiere decir que exista una necesaria e inevitable contradicción entre los resultados que se obtengan en el análisis de procedencia bajo estos dos precedentes. Como se afirmó en la propia sentencia del caso "Elgo Ríos", es muy probable que en la mayoría de casos los resultados coincidirán. Básicamente lo que va a resultar distinto es el razonamiento que debe realizar el Tribunal para definir si una pretensión debe ser o no canalizada por una vía igualmente satisfactoria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

9. En este caso en concreto, el análisis detallado debe ser el que presento a continuación:

a. Estructura idónea:

El proceso ofrecido como vía igualmente satisfactoria al amparo sería el proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Y es que en el artículo 2, inciso 3, de la Ley 29497, se señala que los juzgados laborales son competentes para conocer, en un proceso laboral abreviado, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.

En consecuencia, se cumple con el requisito de estructura idónea.

b. Tutela idónea:

Desde una perspectiva objetiva, no se ha verificado que más allá de las previsiones legales a las que hace referencia el criterio anterior, existan razones que eviten que este caso se pueda ver en un proceso laboral abreviado.

En consecuencia, se cumple con el requisito de tutela idónea.

c. Urgencia como amenaza de irreparabilidad:

Desde una perspectiva subjetiva, el demandante no ha alegado razón alguna que permita señalar que exista un daño irreparable a los derechos fundamentales alegados.

En consecuencia, se cumple con el requisito de no existencia de urgencia como amenaza de irreparabilidad.

d. Urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño:

El despido nulo implica en casi todos los casos la vulneración o amenaza de vulneración múltiple de derechos fundamentales. Aquello configura un daño de importante magnitud, no solo en el derecho del recurrente, sino por las consecuencias que puede tener en la comprensión de la libertad sindical de los demás involucrados.

En consecuencia, se incumple con el requisito de no existencia de urgencia por magnitud del bien involucrado o daño

10. Lo aquí expuesto nos lleva a señalar que si bien los tres primeros criterios se cumplen al punto que se perfila el procesal laboral abreviado como una vía igualmente satisfactoria, al no cumplirse el último de ellos, no se ha podido en este caso igualmente satisfactoria. Por tanto, la causa debe conocerse en el proceso de amparo.

11. Ahora bien, necesario es anotar que este último criterio recogido en "Elgo Ríos"



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

(urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño), hasta ahora ha sido poco usado en la jurisprudencia de este Tribunal puede tener diversas interpretaciones. Sin embargo, tampoco es una cláusula abierta para justificar que cualquier caso deba conocerse en el proceso de amparo. No se puede negar que cualquier posible vulneración de un derecho fundamental es relevante, mas de ello no se desprende necesariamente la afirmación de que deba ser el amparo la mejor vía en todos los casos para otorgar la tutela requerida. En esa línea, el criterio de la urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño no puede asumir que cualquier vulneración es pasible de ser incluida aquí. Por el contrario, tendrá que hacerse referencia a algún tipo de graduación para acreditar esta especial urgencia.

12. Una opción, entre otras, para medir la magnitud del bien involucrado puede plantearse en torno a lo desarrollado para vislumbrar la fundamentalidad de una posición *prima facie* afectada en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, correspondiente a la aplicación del test de proporcionalidad. Así, se puede tener que una misma posición iusfundamental vulnerada o amenazada puede fundamentarse en varios principios constitucionales.¹
13. Esta múltiple vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales, en este caso por un mismo acto lesivo (el despido), se corrobora en el hecho 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.
14. 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, en aplicación del precedente "Elgo Ríos".

Consideraciones sobre la libertad sindical

15. En cuanto al fondo del caso, considero que resulta conveniente hacer algunas precisiones respecto de la acreditación de la conducta antisindical y la oportunidad para hacerlo.
16. Y es que la parte demandada ha presentado material probatorio que busca sustentar la tesis de que el sindicato no estaba correctamente constituido y que, por tanto, el demandante no era titular de libertad sindical que lo proteja. Esta

¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Cuarta edición. 2014. pp. 971 y ss.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

tesis se ha sustentado concretamente en dos argumentos: i) la interpretación del artículo 31 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que impacta sobre la eficacia del registro del sindicato; y, ii) la invalidez del registro del sindicato fruto de un supuesto fraude en la inscripción.

17. En cuanto al primer argumento, la parte demandada señala que existen dos normas aplicables al caso concreto, las cuales deberían tomarse en cuenta para dilucidar si el demandante se encontraba bajo la protección del fuero sindical:

N₁: Están amparados por el fuero sindical los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después. (artículo 31 del TUO de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo).

N₂: Una vez registrado el sindicato, la Junta Directiva comunicará al empleador o empleadores, según corresponda, en un plazo de cinco (05) días hábiles, la relación de sus integrantes y la nómina de sus afiliados. (artículo 26 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

18. El propósito de dicha enumeración es sostener que ambas normas deben interpretarse en conjunto, por lo que debería comprenderse que sólo existe protección por el fuero sindical en caso el registro haya sido comunicado al empleador, cumpliéndose así con la segunda norma. De acuerdo con lo señalado por el demandado, el incumplimiento de la norma 2 restaría efectos a la norma 1.

19. Sin embargo, esta tesis es errada. Ello no solamente porque no se está frente a un sindicato en formación, sino de uno ya inscrito, sino también porque no existe vinculación necesaria entre las dos reglas. No ha sido ofrecido argumento alguno que permita concluir que la comunicación al empleador condiciona la efectividad del fuero sindical de los miembros del sindicato en formación.

20. Y es que el ejemplo que utiliza sobre la comunicación que debe hacer la trabajadora embarazada de su situación no se puede equiparar a un registro formal sobre el cual la normativa aplicable se pronuncia expresamente. De hecho, la parte demandada ha omitido citar la norma concreta del propio Reglamento que interpreta la norma 1.

N₃: El fuero sindical a que hace referencia el Artículo 31 de la Ley, comprende a la totalidad de los miembros del sindicato en formación, desde la presentación de la solicitud y hasta tres (03) meses después (Artículo 12 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo).

21. De lo expuesto, no se desprende la norma que pretende acreditar la parte demandada, sino que se evidencia que el propio Reglamento trata la regla de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

notificación de forma separada a la regla de la protección por el fuero sindical, sin que opere condicionamiento entre ellas.

22. De otro lado, la parte demandada también ha señalado que el registro sería inválido en tanto un número de trabajadores ha señalado que, en realidad, se les habría requerido para formar una asociación y no un sindicato. Este alegato, sin embargo, debe contrastarse respecto del acto lesivo reclamado por el demandante que motiva este proceso.
23. De lo expuesto en el expediente se evidencia que el registro fue realizado con fecha 24 de noviembre y el despido del demandante se produjo el 30 de noviembre, por lo que, en adición a los argumentos ya expuesto en la sentencia, estimo que cualquier cuestionamiento a la formación del sindicato, más aun si el demandado señala que desconocía su existencia, no enerva el derecho que reclama el demandante. Se trata finalmente de discusiones distintas, las cuales no matizan en sentido alguno la arbitrariedad acreditada.
24. En consecuencia, considero que la demanda debe declararse **FUNDADA**.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

La parte demandante solicita su reposición en el puesto de trabajo, por considerar que fue despedida arbitrariamente. Sin embargo, como he señalado repetidamente en mis votos emitidos como magistrado de este Tribunal Constitucional, considero que nuestra Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta.

El artículo 23 de la Constitución dice:

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, *en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo [itálicas añadidas]*.

Esta norma se complementa con el artículo 58, que señala:

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de *promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura [itálicas añadidas]*.

La estabilidad laboral absoluta es incompatible con este mandato constitucional, ya que, al forzar la reposición en casos de despido arbitrario, desalienta la creación de puestos de trabajo. Como reconoce el régimen constitucional económico, esta deriva, necesariamente, de la libre iniciativa privada.

Además, el artículo 27 de la Constitución dice:

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que corresponde indemnizar —no reponer— al trabajador despedido arbitrariamente. No hay nada inconstitucional en ello, ya que el legislador está facultado por la Constitución para definir tal *adecuada protección*.

Por demás, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—, suscrito por el Perú, establece que cada legislación nacional puede determinar qué hacer frente al despido injustificado.

Así, la reposición no tiene base en la Constitución ni en las obligaciones internacionales del Perú. Deriva solo de un error —de alguna manera tenemos que llamarlo— de este



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS

Tribunal, cometido al resolver el caso Sindicato Telefónica el año 2002 y reiterado lamentablemente desde entonces. La persistencia en el error no lo convierte en acierto.

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:

.....
Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LP DERECHO . PE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS



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 (cfr. fojas 56).

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 demandante 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, por lo que ésta no tuvo ninguna comunicación formal sobre la constitución del sindicato en la fecha de cese del demandante (cfr. fojas 128 y 151).

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

MA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02296-2015-PA/TC
CUSCO
COSME BAYONA CARAZAS



Ahora bien, atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta el 27 de diciembre de 2013, 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 8 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 punto, 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 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, 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