



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de marzo de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. 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. Y con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Betsy Paola Montalvo Rodríguez contra la resolución de fojas 846, de fecha 17 de julio de 2017, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de agosto de 2016, y modificada el 21 de setiembre de 2016, la recurrente interpone demanda de amparo contra Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú) a fin de que se declare la nulidad de la Carta de fecha 15 de setiembre de 2016, se deje sin efecto el despido arbitrario del cual ha sido objeto por tener la condición de afiliada del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC, en consecuencia, se disponga su reincorporación en el cargo de cobradora de peaje de la Estación de Peaje Chilca. Solicita, además, que se declare inaplicable el artículo 34, segundo párrafo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Decreto Supremo 003-97-TR, más el pago de los costos del proceso.

Manifiesta que viene laborando desde el 17 de mayo de 2010 hasta la fecha de su despido como cobradora de peaje, y sin que exista causa justa alguna derivada de su capacidad o conducta laboral, la entidad emplazada procedió a la extinción de su vínculo laboral de manera unilateral y arbitraria.

Refiere que, si bien su demanda se inició como una amenaza cierta e inminente de despido, esta se materializó con la carta de fecha 15 de setiembre de 2016, conjuntamente con otros afiliados por tener la condición de afiliado del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC, con la finalidad de promover la desafiliación de los trabajadores, evidenciándose un acto de discriminación sindical, pues los 25 trabajadores afiliados que, mediante sentencia judicial (Expediente 22261-2013), obtuvieron su inclusión en la planilla de la demandada fueron despedidos, afectando con ello gravemente la continuidad del sindicato y su derecho a la libertad sindical.

Alega la amenaza de violación de sus derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al principio y derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Por último, agrega que el Sindicato de Trabajadores de la Red



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

Vial 06-Opecovi SAC, en la actualidad tiene en trámite dos procesos judiciales (Expedientes 22261-2013 y 22411-2013) sobre desnaturalización del contrato de locación de servicios de operación (tercerización) entre Coviperú y Opecovi.

El Juzgado Mixto Permanente de Chilca, con fecha 1 de febrero de 2017, declaró improcedente la demanda por considerar que, conforme al precedente contenido en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, existe otra vía idónea igualmente satisfactoria —el proceso laboral en la vía ordinaria—, para la tutela de los derechos cuya violación la accionante considera amenazados. La Sala revisora confirmó la apelada con similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demandante señala que, en su condición de afiliada del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC, fue despedida sin causa justa por la demandada, motivo por el cual solicita su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando como cobradora de peaje de la Estación de Peaje Chilca, y la inaplicación del segundo párrafo del artículo 34 del Decreto supremo 003-97-TR, más el pago de los costos del proceso.
2. Alega que su despido se produjo como represalia por su afiliación sindical y porque mediante un proceso judicial (Expediente 22261-2013, sobre desnaturalización de tercerización) se reconoció el vínculo laboral entre Concesionaria Vial del Perú SA (COVIPERU) y 25 trabajadores, dentro de los que se incluye a la ahora demandante (representados judicialmente por el sindicato antes referido). Afirma que se vulneraron sus derechos constitucionales al derecho al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso.

Cuestión previa

3. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, conviene examinar el rechazo *in limine* dictado por las instancias judiciales precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, argumentándose por parte del juez de la causa que, existe una vía procedimental, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho vulnerado, como es el proceso ordinario laboral.
4. Sobre el particular, debe recordarse que en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha establecido de que el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger, entre otras cosas, el derecho de libertad sindical.
5. Teniendo presente ello, este Tribunal considera que las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar (folio 779) y ordenarse que se admita a trámite



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

la demanda, pues en el caso de autos la controversia se centra en determinar si se ha vulnerado el derecho de libertad sindical, pues la actora alega que fue despedida por su afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC.

No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, este Tribunal considera pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si la demandada ha sido notificada del concesorio del recurso de apelación (folios 792, vuelta), lo que implica que su derecho de defensa está garantizado.

Procedencia de la demanda

7. Cabe mencionar que a la fecha de interposición de la presente demanda (26 de agosto de 2016), ya se encontraba en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Cañete, por lo que, en el referido distrito judicial se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos).

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

Análisis de la controversia

9. 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 medio de realización de la persona”; mientras que su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

10. Por su parte, el artículo 28 de la Constitución de 1993 señala: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1) Garantiza la libertad sindical [...]”.

11. En lo que concierne al desarrollo de esta última norma constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 0008-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de precisar los alcances de la libertad sindical, en armonía con los tratados internacionales sobre la materia. Así, este derecho fundamental, definido como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, se manifiesta en dos planos: (i) la libertad sindical *intuitu personae*, que comprende, en su faceta positiva, el derecho de un trabajador a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos y, en su faceta negativa, el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafilarse de una organización sindical; (ii) la libertad sindical plural, la misma que plantea tres aspectos: 1) ante el Estado (comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical); 2) ante los empleadores (comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales); y 3) ante las otras organizaciones sindicales (comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.).

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

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

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

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

15. En ese sentido, la actividad sindical consiste en la participación de acciones de defensa de los intereses de los trabajadores a fin de lograr los objetivos legítimos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

que tienen los sindicatos desde su conformación y que la Constitución protege. Así, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 5474-2006-PA/TC, estableció lo siguiente:

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

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

Debe advertirse que, en armonía con la STC 03884-2010-PA/TC, fundamento 13, cuando se acusa una conducta lesiva del derecho a la sindicalización incumbe al empleador la carga de probar que su decisión obedeció a causas reales y que no constituyó un acto de discriminación por motivos sindicales. Para imponer la carga de la prueba al empleador, el demandante, antes, debe aportar un indicio razonable que indique que el acto lesivo se originó a consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales [Sentencia 3377-2013-PA/TC, fundamento 14].

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

- i) si la parte demandante mantenía o no una relación a plazo indeterminado con Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú),
- ii) si doña Betsy Paola Montalvo Rodríguez tenía la condición de afiliada del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC al momento de su despido el 15 de setiembre de 2016,
- iii) si el despido de la accionante se llevó a cabo por su afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC.

18. Con relación al punto i) del fundamento 17, *supra*, resulta importante señalar que en el proceso ordinario laboral sobre incumplimiento de disposiciones y normas laborales (Expediente 22261-2013-0-1801-JR-LA-07) (folios 5 a 45), se resolvió declarar fundada en parte la demanda, en consecuencia, se declaró la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado entre los 25 trabajadores (folios 5 a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

22), representados por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC con Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú), desde las fechas de ingreso correspondientes, debiendo la demandada registrar a la parte actora en su libro de planillas.

En efecto, en el considerando decimocuarto y decimoquinto, así como en la parte resolutive de la sentencia de vista de fecha 11 de diciembre de 2015 (folios 5 a 22), del proceso ordinario laboral, se señaló:

Decimocuarto. (...). La empresa COVIPERU S.A. y OPECOVI S.A.C. tienen la misma Contadora General. En el correo electrónico de fojas 118, la señora Clara Silva (Bienestar Social de COVIPERU S.A. sobre el control de asistencia, menciona: "De parte del sr. Freddy Ampuero, se les está enviando las nuevas tarjetas de asistencia, es obligatorio el marcado de ingreso y salida (tarjeta de OPECOVI S.A.C.) por favor, colocarlos en el lugar visible para el personal marque su asistencia en ella; hacer extensivo este comunicado al personal de los pesajes. Confirmar el recojo de las tarjetas. A fojas 119 obra el correo enviado por el señor Sánchez de COVIPERU S.A. dirigido a los trabajadores de OPECOVI S.A.C. en el que se menciona que por la visita de los directores de Ecuador se tiene que "mantener las estaciones limpias, el personal ordenado, bien uniformado, planificar que todos nuestros sistemas estén operativos (Telepass, postes, SOS, paneles electrónicos, etc.". A fojas 129 obra el correo electrónico enviado por la señora Gladys Anaya encargada de Logística de la empresa COVIPERU S.A. dirigido a la cuenta PESAJE CERRO AZUL OPECOVI S.A.C. en el que se menciona "Señores se están enviando cargos por estaciones para su distribución y firma respectiva (...) en lista hay personal que ya no labora pero tiene un reemplazo. Deberán hacer firmar en el cargo al nuevo trabajador y aparte hacer firmar una declaración jurada simple donde se indique que el trabajador está recibiendo su aguinaldo navideño. Asimismo, cada administrador de peaje deberá enviar junto con el cargo las declaraciones juradas y una relación donde se indique el nombre de la persona que ya no labora pero que el reemplazo lo recibió. Además si existe alguna canasta que sobre, también deberán devolverla a las oficinas de Lima.

Decimoquinto. Los indicios expuestos precedentemente nos llevan a concluir que no existe autonomía entre las empresas COVIPERU S.A. y OPECOVI S.A.C. por la carencia de autonomía técnica, financiera y económica de la empresa contratista, ya que depende económica y funcionalmente de la empresa principal, existiendo, además de la evidente vinculación económica y dependencia de una sobre otra, el control sobre la prestación de labores de los trabajadores de la contratista por parte de la empresa principal, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, que privilegia la realidad de los hechos frente a la virtualidad de la formalidad, estamos ante la presencia de una única empresa por lo que se amparan los agravios expresados por los demandantes debiéndose revocar la recurrida, declarándose la existencia de una relación laboral de los demandantes con COVIPERU S.A.

(...)

1. REVOCAR la Resolución 7, que contienen la sentencia 274-2014-7ºJEL, de fecha 3 de noviembre de 2014, que corre de fojas 957 a 964, que declara infundada la demanda, y REFORMÁNDOLA se declara FUNDADA en parte, la demanda; con costas y costos.
2. Declarar la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado entre LOS 25 TRABAJADORES QUE SON REPRESENTADOS POR EL SINDICATO DE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

TRABAJADORES DE LA RED VIAL 6 APECOVI SAC con CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S.A. – COVIPERU desde las fechas de ingreso correspondientes, debiendo esta parte registrar al actor en su libro de planillas (...).

Mientras que, de la revisión de la página de consulta de expedientes judiciales del Poder Judicial, se advierte que dicho pronunciamiento judicial adquirió firmeza, toda vez que el recurso de casación que interpuso la emplazada fue desestimado conforme se aprecia de la Casación Laboral 10032-2016-LIMA, de fecha 31 de mayo de 2018 (<<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>>, revisado el 18 de julio de 2019).

19. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional advierte que, en instancia judicial, se ha acreditado que existía una relación laboral a plazo indeterminado entre la Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú) y los 25 trabajadores demandantes (Expediente 22261-2013), incluido a doña Betsy Paola Montalvo Rodríguez (folios 23 a 40), representados por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC.

20. Por ello, está acreditado que la accionante mantenía una relación laboral a plazo indeterminado con Concesionaria Vial Perú SA, conforme ha sido reconocido judicialmente mediante sentencia que adquirió la calidad de cosa juzgada. Por tanto, para el cese de la actora correspondía respetarse el debido procedimiento de conformidad con el artículo 31 del Decreto Supremo 003-97-TR, lo cual no ha sucedido en el caso de autos, toda vez que se despidió a la recurrente en virtud de la Carta de fecha 15 de setiembre de 2016 (folio 684), en la que solo se precisa como argumento "(...) por motivos estrictamente empresariales Concesionaria Vial del Perú S.A ha decidido finalizar la relación laboral que mantiene con usted (...)". Por lo expuesto se concluye que la parte demandada vulneró los derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso de la accionante.

21. Con relación al **punto ii)** del fundamento 17 *supra*, tenemos que a fojas 122 obra la constancia de afiliado expedido por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-OPECOVI SAC, de la cual consta que la accionante se encuentra afiliada a su organización sindical desde el 6 de setiembre de 2012, lo cual se corrobora con las boletas de pago, obrantes de fojas 2 a 4 (de las cuales se advierte que se le realizaban descuentos por la cuota sindical) y la copia de la "Asistencia a la Asamblea General Abierta", de fecha 5 de agosto de 2016, convocada por el citado sindicato (folio 134). Asimismo, a fojas 684 de autos, se observa que el despido denunciado por la actora se llevó a cabo mediante Carta de fecha 15 de setiembre de 2016. Se determina, entonces, que al momento del despido de la accionante, esta tenía la condición de afiliada del mencionado sindicato.

22. Respecto al **punto iii)** del fundamento 17 *supra*, previamente debe indicarse que, en el año 2013, el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC interpuso demanda laboral sobre incumplimiento de disposiciones y normas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

laborales (desnaturalización de tercerización) contra las empresas Concesionaria Vial del Perú Coviperú y Opecovi SAC, pues consideraban que los 25 trabajadores (entre los que se incluye a la actora) representados por el referido sindicato en dicho proceso laboral ordinario no debían estar en las planillas de la empresa Opecovi SAC (empresa tercerizadora), sino en las de Coviperú (empresa principal) (folios 23 a 40).

23. Asimismo, esta corroborado que al 15 de setiembre de 2016 la demandada ya tenía conocimiento de lo resuelto en segunda instancia del proceso laboral (Expediente 22261-2013), conforme se ha indicado en el fundamento 18, *supra*, esto es, que ya se había declarado judicialmente la desnaturalización de los contratos de tercerización entre las empresas Coviperú y Opecovi SAC, y que la actora —entre otros trabajadores— mantenía un vínculo laboral a plazo indeterminado con Coviperú.

24. En ese sentido, en el presente caso, está probado que la accionante en setiembre de 2012, entró a formar parte (afiliada) del Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06-Opecovi SAC, y también está acreditado que en instancia judicial obtuvo el reconocimiento de su vínculo laboral con Coviperú SA luego de lo cual esta última procedió a la extinción del vínculo laboral sin expresar justificación legítima como se verifica de la carta de fecha 15 de setiembre de 2016 (folio 684).

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

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

Efectos de la sentencia

27. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la empresa demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, corresponde ordenar la reposición de la demandante como trabajadora 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.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración de sus derechos al derecho al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical y al debido proceso; en consecuencia, **NULA** la carta de fecha 15 de setiembre de 2016 y **NULO** el despido del cual ha sido objeto la accionante.
2. **ORDENAR** que la empresa Concesionaria Vial del Perú SA (Coviperú) reponga a doña Betsy Paola Montalvo Rodríguez como trabajadora a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC

CAÑETE

BETSY PAOLA

MONTALVO

RODRIGUEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo de los fundamentos 7 y 8 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 del o de la demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
3. Es decir, si 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 26 de agosto de 2016, por lo que, obviamente, no resulta igualmente satisfactorio a su pretensión que, estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenarlo a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, y sin perjuicio de la cuestión previa que se habría analizado para considerar al proceso de amparo como vía idónea para dilucidar lo pretendido por el actor, debo realizar las siguientes anotaciones:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. Los presupuestos para sustentar el razonamiento recogido en el fundamento anterior han sido expuestos por el Tribunal en el desarrollo de su jurisprudencia, 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

5. 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:
- Estructura idónea, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz.
 - 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
 - Urgencia como amenaza de irreparabilidad, donde se evalúa si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada
 - 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
6. 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".
7. 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.
8. En este caso en concreto, el análisis detallado debe ser el que presento a continuación:
- 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

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

9. 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 considerar este caso como vía igualmente satisfactoria. Por tanto, la causa debe conocerse en el proceso de amparo.
10. Ahora bien, necesario es anotar que este último criterio recogido en "Elgo Ríos" (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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

contrario, tendrá que hacerse referencia a algún tipo de graduación para acreditar esta especial urgencia.

11. 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
12. 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.
13. 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".

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC

CAÑETE

BETSY PAOLA MONTALVO
RODRIGUEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emitimos el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

En el caso de autos, los magistrados en mayoría han declarado NULO el despido de la accionante, por haberse acreditado, entre otros, la vulneración del derecho a la libertad sindical por parte de la demandada Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERÚ S.A.).

Sin embargo, de autos se advierte que si bien la accionante se encontraba afiliada desde el 6 de setiembre de 2012 al Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 OPECOVI S.A.C., con Registro Sindical 69185-2012-MTPE/1/20. (f. 122); no ha quedado acreditado que la demandada Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU S.A.), tenga un sindicato registrado ante la autoridad administrativa de trabajo y que la demandante sea miembro de dicha organización sindical.

Y, al respecto, queda claro que la Sociedad Anónima Cerrada OPECOVI S.A.C., constituida el 23 de noviembre de 2007 es una empresa distinta a la Sociedad Anónima COVIPERU S.A., constituida el 24 de agosto de 2005, cuando en el fundamento 22 de la propia sentencia en mayoría señala que en el año 2013 el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial 06 OPECOVI S.A.C. interpuso demanda laboral sobre incumplimiento de disposiciones y normas laborales (desnaturalización de tercerización) contra las empresas COVIPERÚ S.A. y OPECOVI S.A.C., pues consideraban que los 25 trabajadores (entre los cuales se encuentra la actora) representados por el referido sindicato en dicho proceso laboral ordinario no debían estar en las planillas de la empresa OPECOVI S.A.C. (empresa tercerizadora), sino en las planillas de COVIPERU S.A. (empresa principal).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar, además, que la accionante al dejar de ser trabajadora de OPECOVI S.A.C., en mérito a la sentencia expedida por la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 11 de diciembre de 2015, expedida en los seguidos en el Expediente N.º 22261-2013-0-1801-JR-LA-07, (ff. 5 a 22), no podía continuar como miembro del sindicato de OPECOVI S.A.C., teniendo en consideración que para ser miembro de un sindicato se requiere ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC

CAÑETE

BETSY PAOLA MONTALVO
RODRIGUEZ

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

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 48º.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27º, 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 legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22º 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 justa².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2º (inciso 15), 22º, 23º y 58º 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 2º, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23º).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23º).

¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

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

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC

CAÑETE

BETSY PAOLA MONTALVO
RODRIGUEZ

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23º).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58º).

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 27º), 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 27º de la Constitución.

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

Si los organismos mencionados en el artículo 8º 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 7º.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a**

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC

CAÑETE

BETSY PAOLA MONTALVO
RODRIGUEZ

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 indemnización³.

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 Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regula el régimen laboral de la actividad privada, 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 Decreto Supremo 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, en su artículo 34º, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

³ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC

CAÑETE

BETSY PAOLA MONTALVO
RODRIGUEZ

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, en el régimen laboral de la actividad privada, por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convenimos también con el citado artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29º -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, consideramos que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

En el caso de autos, la demandante solicita que se disponga su reincorporación en el puesto de trabajo que venía desempeñando alegando que fue despedida arbitrariamente vulnerando, entres otros, su derecho a la libertad sindical. Sin embargo, conforme a lo expuesto, no ha quedado demostrado que nos encontramos ante un caso de despido nulo por violación a la libertad sindical.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC

CAÑETE

BETSY PAOLA MONTALVO
RODRIGUEZ

En consecuencia, nuestro voto es que se declare **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

mmmm 7

Lo que certifico:

[Signature]
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LP DERECHO . PE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario*, englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04595-2017-PA/TC
CAÑETE
BETSY PAOLA MONTALVO
RODRÍGUEZ

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convenía, 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