



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC  
LIMA  
CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de abril de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa. y el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Carlos Armando Orellana Salazar contra la sentencia de fojas 371, de fecha 16 de octubre de 2014, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 25 de octubre de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), solicita que se declare inaplicable la carta 4986-GAP-GCGP-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 27 de setiembre de 2011, mediante la cual se le comunicó su despido por falta grave laboral prevista en el literal "a" del artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR, configurándose un despido fraudulento; y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación como médico pediatra.

Sostiene el demandante que no se tuvo en cuenta la proporcionalidad de la sanción aplicada para los hechos, así como que los mismos ya habían sido materia de pronunciamiento previo, por lo que habría sido objeto de un despido fraudulento.

Señala haber laborado para la entidad emplazada desde el 1 de mayo al 1 de agosto de 1999, bajo la modalidad de servicios no personales; del 2 de agosto de 1999 al 30 de abril de 2000, bajo la modalidad de contrato fijo y finalmente en una relación laboral a plazo indeterminado del 1 de mayo de 2000 al 5 de octubre de 2011, fecha última de su cese. Agrega que se ha vulnerado la tutela procesal efectiva en el proceso administrativo que se le siguió, ya que no se motivó debidamente la resolución que dispuso su despido. Así también, no se respetó el principio de inmediatez, pues los hechos que se le imputan acaecieron en los años 1999 y 2005, siendo sancionados por la entidad mediante carta de despido recién en el año 2011. También señala que se vulneró el principio *non bis in idem*, debido a que fue objeto de una doble investigación por parte de la entidad demandada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC  
LIMA  
CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

El apoderado judicial de la entidad demandada deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda. Señala que el despido del demandante responde al incumplimiento de su jornada laboral, toda vez que este trabajaba en el mismo horario para los establecimientos asistenciales del Ministerio de Salud: Hospital Nacional Hipólito Unanue y el Hospital Vitarte como se advierte del Informe de Control 003-2011-2-0251.

Añade que el demandante reconoce haber laborado simultáneamente para su representada y otras entidades estatales, lo que evidencia una doble percepción de ingresos por parte del Estado en el periodo comprendido entre los años 2001 a 2005. Transgrediendo de este modo lo señalado por el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, así como lo estipulado en el artículo 19 del Reglamento Interno de Trabajo para los trabajadores comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada, aprobado con Resolución de Presidencia Ejecutiva 139-PE-ESSALUD-99.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 13 de marzo de 2012, declaró infundada la excepción propuesta, y con fecha 22 de octubre de 2013, declaró infundada la demanda por considerar que en los hechos no se vulneró el principio de legalidad en la imputación de las faltas graves, así como tampoco el principio de inmediatez, ya que se trató de un caso complejo en tanto la investigación se basaba en determinar la realización de trabajos simultáneos en diversos nosocomios por parte del demandante. Asimismo, el actor fue objeto de un procedimiento administrativo disciplinario en el cual se le permitió ejercer su derecho de defensa, por lo que en el presente caso existió un despido válido.

La Sala Superior revocó la apelada y reformándola, declaró improcedente la demanda por estimar que se requiere de etapa probatoria para dilucidar la pretensión demandada.

**FUNDAMENTOS**

**Procedencia de la demanda y delimitación del petitorio**

1. De acuerdo con la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (25 de octubre de 2011), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, por lo que, en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

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.

2. El accionante solicita que se declare inaplicable la carta 4986-GAP-GCGP-OGA-ESSALUD-2011, así como su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando como médico pediatra. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo, y a los principios de inmediatez y *non bis in idem*.

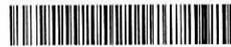
Por ello, conforme a la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido fraudulento,

**Análisis del caso concreto**

3. De los contratos obrantes en autos se advierte que el recurrente tuvo una relación laboral con la entidad emplazada desde el 2 de agosto de 1999 al 30 de abril de 2000, en virtud de un contrato por servicio específico (folios 287 a 291); posteriormente, el 1 de mayo de 2000 suscribe un contrato a plazo indeterminado (folio 292) que concluyó el 30 de setiembre de 2011 debido a que es objeto de despido por haber incurrido en faltas graves.
4. Mediante la carta de preaviso 3764-GAP-GCGP-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 11 de julio de 2011 (folio 240) y carta de despido 4986-GAP-GCGP-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 27 de setiembre de 2011 (folio 2), se aprecia que el demandante fue despedido del cargo de médico pediatra al haber incurrido en la conducta reincidente de doble percepción remunerativa del Estado. En ese sentido, se señala en los referidos documentos que el demandante laboró paralelamente en EsSalud y en el Hospital Hipólito Unanue en los meses de enero, agosto y diciembre de 2005; y que previamente laboró de manera paralela en el Hospital Central de la Policía Nacional del Perú recibiendo doble remuneración del Estado.
5. El artículo 25 del Decreto Legislativo 728 establece en su inciso "a" que constituyen faltas graves "a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral (...) y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo (...)".
6. Sobre el particular, la Constitución Política del Perú señala en el artículo 40 que "Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente."



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC  
LIMA  
CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

Mientras que el Reglamento Interno de Trabajo, aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva 139-PE-ESSALUD-99 señala en el inciso “c” que “son obligaciones de los trabajadores del ESSALUD las siguientes: (...) c) Acatar y cumplir los reglamentos, normas y directivas internas así como las órdenes que, por razones de trabajo, le sean impartidas por sus jefes y superiores (...)”.

### Sobre la afectación del principio de inmediatez

7. El principio de inmediatez en el procedimiento de despido es una limitación formal a la facultad sancionadora del empleador, la cual garantiza la existencia de un tiempo razonable entre el conocimiento de la falta grave, su imputación y el despido del trabajador. Este principio se encuentra previsto en el último párrafo del artículo 31 del Decreto Supremo 003-97-TR, que establece:

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

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

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

8. En el presente caso, se debe determinar si, como alega el demandante, ha transcurrido un tiempo irrazonable entre el conocimiento de la falta grave por el empleador y el inicio del procedimiento de su despido, en cuyo caso debe verificarse si se habría violado el principio de inmediatez.

9. De autos se aprecia que la investigación que dio inicio al procedimiento de despido del recurrente recae en el Informe de Acción de Control 003-2011-2-0251, de fecha 14 de junio de 2011, expedido por el Órgano de Control Institucional de EsSalud (folios 163, 169 y 174), en el cual se precisa lo siguiente:

(...) de la información reportada en los documentos ANEXO 3 – Informes de Actividades del S.N.P, y Anexo 4 – Control de Concurrencia del Personal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC  
LIMA  
CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

Contratado por S.N.P, así como, por los Recibos por Honorarios N.ºs. 114, 119 y 123, girados a nombre del Hospital Nacional "Hipólito Unanue", se evidencia que el profesional médico Carlos Armando ORELLANA SALAZAR, laboró (según documentación alcanzada) en dicho hospital los meses de Enero, Agosto y Diciembre del año 2005, en del Departamento de Pediatría bajo la modalidad de Servicios No Personales; encontrándose laborando en dicho periodo en el Seguro Social de Salud-ESSALUD, configurándose de esta manera la doble percepción de ingresos, de acuerdo a la Ley N.º 28175 Ley Marco del Empleo Público (...)

(...) en el presente caso es importante resaltar que a través del presente Examen Especial, como una acción de investigación es que recién se ha tomado conocimiento de la doble percepción que se ha producido durante el ejercicio 2005 de parte del médico Carlos Armando ORELLANA SALAZAR, al haber laborado en horarios simultáneos tanto en el Hospital Hipólito Unanue como en ESSALUD, hecho que resulta ser diferente al revelado en la Hoja Informativa 006-GCC-OCI-ESSALUD-2009, que es consecuencia de la lectura de las Constancias de Trabajo que se encuentran en el Curriculum Vitae y Legajo Personal de dicho médico, donde se aprecia que el citado profesional venía laborando además de ESSALUD en dos Hospitales del Ministerio de Salud.

Se ha evidenciado, una conducta reincidente (Al haber percibido doble remuneraciones del Hospital Central de la Policía Nacional del Perú, evidenciada en la Hoja Informativa N.º 006-GCC-OCI-ESSALUD-2009) de parte del médico Carlos Armando ORELLANA SALAZAR, ex médico de Cabecera del Programa de Atención Domiciliaria PADOMI, al haber recibido doble percepción de ingresos por haber laborado en horarios simultáneos en ESSALUD y el Hospital Nacional "Hipólito Unanue" - Departamento de Pediatría durante los meses de Enero, Agosto y Diciembre 2005 (...).

10. Información que no ha sido negada por el demandante; es más, el actor precisa en su carta de descargo 246-ODN-PE-EsSalud-2011, de fecha 17 de agosto de 2011 (folios 226 a 239), que si obró inadecuadamente fue debido a su "desconocimiento de las leyes laborales preexistentes así como una falta de aplicación y adoctrinación por parte de la institución (...)"

11. A pesar de, lo alegado por el actor, de la hoja informativa 006-GCC-OCI-ESSALUD-2009 de fecha 21 de agosto de 2009 (folios 37 a 40) y del Informe de Acción de Control 003-2011-2-0251 (folios 161y 162), se advierte que el demandante en un periodo anterior ya había incurrido en doble percepción, —del 2 de agosto de 1999 al 14 de agosto de 2001—, incluso el demandante acudió a un proceso de ofrecimiento de pago y consignación que tuvo lugar en el Primer Juzgado de Paz Letrado de San Miguel (Expediente 1667-2008-0-1824-JP-CI—01)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC  
LIMA  
CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

para devolver el monto percibido en el referido periodo, como obra a folio 206 de autos.

12. Asimismo, a folio 240 obra la carta de preaviso 3764-GAP-GCGP-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 11 de julio de 2011, a través de la cual la entidad demandada le otorgó al recurrente un plazo de 6 días para emitir sus descargos, el cual fue realizado mediante la carta 246-ODN-PE-EsSalud-2011, de fecha 17 de agosto de 2011 (folios 226 a 239) y, finalmente, se procedió a despedirlo mediante la carta 4986-GAP-GCGP-OGA-ESSALUD-2011, de fecha 27 de setiembre de 2011 (folios 2 y 3).
13. De lo expuesto, este Tribunal no advierte que haya transcurrido un plazo irrazonable, en consecuencia, de los hechos descritos cabe concluir que no se ha afectado el principio de inmediatez establecido en el artículo 31 del Decreto Supremo 003-97-TR.

**Sobre la supuesta vulneración del principio *non bis in idem***

14. Según el principio *non bis in idem*, nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, es decir, no puede recaer dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. La aplicación de este principio impide que una persona sea procesada y sancionada o castigada dos (o más) veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.
15. El demandante alega la vulneración al principio *non bis in idem*, por cuanto precisa que volvió a ser sancionado en dos oportunidades por los mismos hechos.
16. De autos se puede apreciar que conforme se establece en la carta 5740-GCRH-OGA-ESSALUD-2008 de fecha 24 de octubre de 2008, el demandante en periodos anteriores ya había incurrido en doble percepción de remuneraciones por parte del Estado al consignarse lo siguiente:

(...) se evidencia conforme a las Constancias de trabajo insertas en su Currículum Vitae y Legajo de Personal que labora como Médico Pediatra en dos Hospitales del Ministerio de Salud (Hospital Hipólito Unanue del 01 de junio del 2001 al 09 de enero del 2003 y en el Hospital Local de Vitarte, del 01 de diciembre del 2001 al 07 de enero del 2003).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

17. Así también, en la Hoja Informativa 006-GCC-OCI-ESSALUD-2009 de fecha 21 de agosto de 2009, se menciona lo siguiente:

(...) se evidencia conforme a las Constancias de trabajo insertas en su Currículum Vitae y Legajo de Personal que labora como Médico Pediatra en dos Hospitales del Ministerio de Salud (Hospital Hipólito Unanue del 01 de junio del 2001 al 09 de enero del 2003 y en el Hospital Local de Vitarte, del 01 de diciembre del 2001 al 07 de enero del 2003).

18. Vale decir, se tuvo conocimiento de estas conductas previas, habiendo realizado las investigaciones pertinentes. Se aprecia también que no existió sanción sobre los citados periodos, pues fue la propia entidad la que en varias ocasiones invocó el principio de inmediatez, como obra en las cartas 5740-GCRH-OGA-ESSALUD-2008 de fecha 24 de octubre de 2008 (folios 4 y 5) y 1820-GCRH-OGA-ESSALUD-2016 de fecha 30 de abril de 2010 (folios 6 y 7).

19. En el Informe de Acción de Control 003-2011-2-0251, se señala que, mediante el oficio 2193-2010-DG/OPER. 843-HNHU de fecha 16 de junio de 2010, expedido por el director general del Hospital Nacional Hipólito Unanue, "(...) se adjunta copia fedateada de Recibos por Honorarios correspondientes a diversos meses de los ejercicios comprendidos entre el 2001 al 2005" (folio 163) y que a partir de estos se evidencia que laboró en los meses de enero, agosto y diciembre del año 2005, hechos que previamente no habían sido analizados por la Hoja Informativa 006-GCC-OCI-ESSALUD-2009.

20. Asimismo, de las cartas de preaviso y de despido, se advierte que las conductas imputadas es por los periodos de enero, agosto y diciembre 2005, por lo que no se vulneró el principio de *non bis in idem*.

21. A partir del material probatorio vertido por ambas partes, es posible determinar que, en efecto, el demandante sí incurrió en las conductas que EsSalud le imputa, por lo que sí es procedente la sanción. En este sentido, el despido se condice con la gravedad de las faltas que cometió el demandante, por cuanto se verifica que incumplió con su jornada laboral, lo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, del mismo modo, volvió a incurrir en doble percepción por parte del Estado cuando ya tenía conocimiento de que dicha conducta no era correcta, con lo cual se evidencia que el demandante no actuó diligentemente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC  
LIMA  
CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

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

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda, por no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

**Lo que certifico:**

Flávio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

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

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto del fundamento 1, en el que, a los efectos de determinar si existe en el caso una vía igualmente satisfactoria, en aplicación de los criterios establecidos en el precedente contenido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC, conocido como precedente Elgo Ríos, se señala expresamente lo siguiente:

*De acuerdo con la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (25 de octubre de 2011), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, por lo que, en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.*

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

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

1. El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que este implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.

3. En el presente caso, el recurrente interpuso su demanda el 25 de octubre de 2011. Esto es, hace más de 7 años, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 12 de junio de 2015, por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.

**BLUME FORTINI**

LPDERECH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

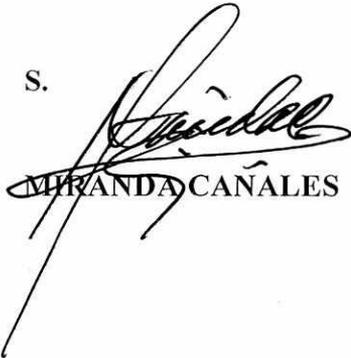
LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA SALAZAR

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CAÑALES

Emito el presente fundamento de voto, me adhiero a la expresado por mi colega Espinosa-Saldaña Barrera, respecto a las precisiones relativas al procedimiento administrativo.

S.

  
MIRANDA CAÑALES

**Lo que certifico:**

  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. No obstante estar de acuerdo con el sentido de lo resuelto en el presente proyecto de resolución, considero necesario realizar algunas precisiones con respecto a la expresión “proceso administrativo” que allí aparece.
2. Al respecto, considero que indicada expresión es inexacta, siendo que en su lugar debe emplearse la de “procedimiento administrativo”.
3. En efecto, ocurre que los “procesos” y los “procedimientos” pueden diferenciarse desde diferentes puntos de vista. Uno de ellos, de innegable utilidad para evitar confusiones y que ha sido recogido en abundante jurisprudencia de este Tribunal, es el que restringe el uso del término “proceso” básicamente a las actuaciones asumidas jurisdiccionalmente para resolver conflictos de interés o situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica. De esta forma, se puede hacer referencia, por ejemplo, a procesos civiles, laborales, penales, constitucionales, etc. (los cuales vienen regulados por sendas leyes o códigos procesales). En este caso en particular, puede estarse haciendo alusión a “procesos administrativos”, pero para hacer referencia más bien al llamado “proceso contencioso-administrativo”, el cual precisamente es un proceso judicial en materia administrativa (y que se encuentra regulado por Ley 27584, que Regula el Proceso Contencioso Administrativo).
4. Mientras que, por otra parte, el “procedimiento administrativo”, tal como señala con claridad la ley pertinente, es el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades de la Administración pública, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados (en líneas generales, es lo señalado en el artículo 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444). A esto es precisamente a lo que ha querido referirse el presente proyecto de resolución.
5. Siendo así, e independientemente de otras distinciones entre los términos proceso y procedimiento que existen a nivel conceptual, considero aconsejable emplear, para los efectos aquí señalados, las expresiones “procedimiento administrativo” y “proceso administrativo” con los sentidos antes explicados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

6. De otra parte, considero que la mención que hace la ponencia al precedente “Elgo Ríos” resulta errónea. Dicho precedente no establece vías ordinarias igualmente satisfactorias en abstracto, sino que fija criterios para ver si esa vía existe en cada caso en particular.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

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

LPDERECHOS



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

### 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 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

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

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

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

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

S.

**SARDÓN DE TABOADA**

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA

SALAZAR

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

#### La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al “derecho de estabilidad en el trabajo”, como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo<sup>1</sup>.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa<sup>2</sup>.

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA

SALAZAR

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización<sup>3</sup>.

### **La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993**

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

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

**Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03706-2015-PA/TC

LIMA

CARLOS ARMANDO ORELLANA  
SALAZAR

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

#### Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente<sup>4</sup>.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

**Lo que certifico:**

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

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL