

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional
N° 00223-2015-AA/TC sobre la libertad sindical en el caso
de los trabajadores de confianza

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Diana Paola Baquerizo Baquerizo

ASESOR:
Willman César Meléndez Trigoso


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, MELENDEZ TRIGOSO, WILLMAN CESAR, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00223-2015-AA/TC sobre la libertad sindical en el caso de los trabajadores de confianza", del autor BAQUERIZO BAQUERIZO, DIANA PAOLA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/7/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> MELENDEZ TRIGOSO, WILLMAN CESAR	
DNI: 42821994	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3782-4332	

RESUMEN

El presente informe jurídico aborda la cuestión problemática del uso abusivo de la calificación de trabajador de confianza como límite para el ejercicio de la libertad sindical. Analiza el fuero sindical como mecanismo indispensable para el ejercicio de la libertad sindical y la utilidad de esta última en el cese colectivo. Como vía idónea para la tutela de este derecho se propone la vía de amparo. Para el análisis y sustento jurídico se recurre al corpus iuris internacional, que incluye a los convenios de la OIT, los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, los pronunciamientos de la Corte IDH y otros estándares internacionales.

Palabras clave

Libertad sindical - Trabajador de confianza - Fuero sindical - Actividad sindical - Vulneración de la libertad sindical - Tribunal Constitucional

ABSTRACT

This legal report addresses the problematic issue of the abusive use of the qualification of trusted worker as a limit to the exercise of freedom of association. It analyzes the fuero sindical as an essential mechanism for the exercise of union freedom and the usefulness of the latter in the collective dismissal. As an ideal way to protect this right, the amparo route is proposed. For the analysis and legal support, the international corpus iuris is used, which includes ILO conventions, the pronouncements of the Committee on Freedom of Association, the pronouncements of the Inter-American Court and other international standards.

Keywords

Union freedom - Trusted worker - Trade union immunity - Union activity - Violation of union freedom - Constitutional Court

ÍNDICE

Principales datos del caso

I.	Introducción.....	1
II.	Identificación de los hechos relevantes que se desprenden del caso.....	2
III.	Identificación de los problemas jurídicos principales.....	7
IV.	Análisis jurídico de los problemas planteados.....	10
	A. Sobre la libertad sindical y el trabajador de confianza.....	10
	1. ¿Cómo se garantiza la protección a la libertad sindical de los trabajadores de confianza, en el marco del derecho laboral peruano y a la luz del caso del señor Aparicio Quispe?	
	a) ¿Cómo se define y regula la categoría de trabajador de confianza? ¿El señor Aparicio Quispe era un trabajador de confianza en la Compañía Minera Antapaccay al momento de su despido?	
	b) ¿Cuáles son los alcances y los límites del derecho a la libertad sindical en el caso de los trabajadores de confianza?	
	c) ¿Pueden los trabajadores de confianza ser despedidos por constituir un sindicato, afiliarse a un sindicato o participar en actividades sindicales? ¿Corresponde el retiro de confianza como causal válida de cese?	
	B. Sobre la libertad sindical y el despido nulo como forma de vulneración.....	20
	1. ¿Se vulneró la libertad sindical del señor Aparicio Quispe en el contexto de su despido por la Empresa Minera Antapaccay?	
	a) ¿Cómo se desarrolló y aplicó el derecho a la libertad sindical del demandante en la sentencia del Tribunal Constitucional?	
	b) ¿Cuál es el alcance del fuero sindical en el caso del señor Aparicio frente a su despido?	
	c) ¿Cuáles son los elementos que se deben considerar para que un despido sea considerado nulo según la legislación laboral vigente?	
	d) ¿Es el registro sindical de la organización un requisito necesario para la activación del fuero sindical de un trabajador?	

C. Sobre la libertad sindical y el cese colectivo	31
1. ¿El despido del señor Aparicio Quispe y de los otros trabajadores de la empresa se enmarca dentro de la figura de cese colectivo?	
a) ¿Cuándo se considera “cese colectivo” y qué requisitos legales se exigen para llevarlo a cabo?	
b) ¿Aplicaba el cese colectivo de los trabajadores en la empresa Antapaccay? ¿Estamos ante un cese colectivo fraudulento?	
c) ¿Cuáles son las garantías a la libertad sindical que tienen los trabajadores en el contexto de cese colectivo?	
d) ¿Cómo impacta la cuestión formal o el requisito establecido en la norma en el derecho a la libertad sindical?	
D. Sobre la vía procedimental	38
1. ¿El proceso de amparo es la vía procedimental adecuada para demandar el despido nulo por la vulneración de la libertad sindical?	
V. Conclusiones finales	42
VI. Bibliografía	44

Principales datos del caso

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	00223-2015-AA/TC
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	<ol style="list-style-type: none">1. Libertad sindical y el trabajador de confianza2. Libertad sindical y el despido nulo3. Libertad sindical y el cese colectivo4. Vía idónea procedimental en caso de vulneración de la libertad sindical
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	<ol style="list-style-type: none">1. Sentencia del Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo del Cusco2. Sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco
Demandante / Denunciante	Ángel Gilbert Aparicio Arispe
Demandado / Denunciado	Compañía Minera Antapaccay
Instancia administrativa o jurisdiccional	Tribunal Constitucional del Perú
Terceros	-
Otros	-

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

El derecho a la libertad sindical es un tema vigente, complejo y con muchos desafíos. Por ello, la elección del fallo del Tribunal Constitucional recaído en el expediente N° 00223-2015-PA/TC, representa una oportunidad para analizar su protección como derecho fundamental, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los tratados ratificados, la conducta antijurídica de los empleadores mediante represalias y como precedente para las relaciones entre empleador y sindicatos del sector minero.

El caso permite analizar diversos escenarios. El primero, permitirá analizar la configuración de la libertad sindical en el caso de los trabajadores de confianza. El segundo escenario, abordará el fuero sindical frente al despido nulo del trabajador. El tercer escenario, se evaluará frente a la problemática de ¿qué sucede con la libertad sindical frente a la excedencia de trabajadores en una empresa que ya no puede solventarlos?. Finalmente, otro punto relevante que nos permitirá analizar la sentencia es la validez de la vía, ¿vía ordinaria laboral o constitucional frente a la vulneración de la libertad sindical por despido nulo?.

En resumen, esta sentencia es relevante para promover la educación jurídica sobre el alcance y protección los derechos de los trabajadores, especialmente del derecho a la libertad sindical, evidenciar las conductas antijurídicas de los empleadores, cuestionar la normativa interna de la libertad sindical en el caso de los trabajadores de confianza y proponer la vía idónea para demandar la tutela de la libertad sindical.

Sobre el carácter complejo de la resolución del Tribunal Constitucional (TC), se justifica en las siguientes razones: Primero, porque se trata de un caso que involucra el derecho humano fundamental de la libertad sindical reconocida no solo en normativa interna sino también internacional. Por lo que, su análisis requerirá un estudio riguroso de los tratados internacionales ratificados y jurisprudencia vigente. Segundo, el análisis de la resolución involucra una evaluación rigurosa sobre los hechos y pruebas valoradas por los magistrados. Tercero, el análisis del caso requiere tener conocimientos diversos sobre las leyes laborales aplicables a la relación entre los empleadores y sindicatos. Finalmente, el caso involucra a una empresa minera, por lo que la resolución del mismo

tendría implicancias laborales en este sector, ya sea como antecedente social o como precedente jurídico.

I.2. Presentación del caso

El presente informe jurídico aborda el derecho fundamental de la libertad sindical, su aplicación en el contexto de un trabajador de confianza, el alcance del fuero sindical y la utilidad de la libertad sindical en el caso de cese colectivo por excedencia de trabajadores. El señor Angel Aparicio Quispe interpuso una demanda de amparo contra la empresa Minera Antapaccay SA, después de ser despedido de su puesto de trabajo.

El problema principal que se discutió fue si la compañía Antapaccay vulneró el derecho fundamental a la libertad sindical y el derecho al trabajo del demandante al despedirlo debido al retiro de confianza. Se analizó la relación causal entre el despido y la actividad sindical del demandante, el despido en el caso de un trabajador de confianza y si la vía del amparo es la vía idónea para defender los derechos vulnerados del demandante. Además, el caso permitió analizar un posible escenario sobre el cese colectivo frente a la excedencia de trabajadores.

El caso pasó por dos instancias inferiores antes de llegar al TC, en la primera instancia se declaró fundada la demanda, mientras que en la segunda se resolvió infundada y se revocó la sentencia. Finalmente, el Tribunal Supremo resolvió el caso mediante la sentencia N° 00223-2015-AA/TC, y determinó que el despido del demandante fue nulo debido a que la empresa había transgredido el derecho a la libertad sindical del trabajador. En particular, se determinó que la empresa había tomado medidas en contra de este como consecuencia de su implicación en actividades sindicales y que el despido fue una represalia. Si bien estamos de acuerdo con la resolución final, se han planteado algunas críticas sobre la misma.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

Los antecedentes del caso se originan a consecuencia del despido del señor Ángel Aparicio Quispe de la Compañía Minera Antapaccay SA en el año 2013. Después de

este acto, el señor Aparicio Quispe presentó una denuncia ante el MTPE, que decidió que el despido había sido injustificado y que la empresa debía pagar una indemnización al trabajador.

La empresa apelando a esta decisión, abrió la vía judicial para la resolución del conflicto. El Poder Judicial, en primera instancia declaró fundada la demanda; sin embargo, en segunda instancia, resolvió infundada la demanda de amparo interpuesta por el demandante por no haberse demostrado que su despido haya estado motivado por su participación en la formación de la organización sindical.

Ante esta situación, el señor Aparicio Quispe decidió interponer un recurso de agravio constitucional contra la sentencia dictada por la Corte Superior de Cusco, que declaró infundada su demanda, argumentando que se había violado su derecho a la libertad sindical y al trabajo. El caso llegó al TC y fue resuelto mediante la sentencia N° 00223-2015-AA/TC, en la que se determinó que el cese del demandante fue nulo debido a que la empresa había violado su derecho a la libertad sindical.

II.2. Hechos relevantes del caso

El señor Ángel Gilbert Aparicio Arispe comenzó su vínculo laboral en la Compañía Minera Antapaccay el 02 de noviembre de 1982, donde laboró por más de 30 años de manera ininterrumpida, inicialmente ocupando el puesto de Asistente Jefe Junior y después el de Supervisor de Taller de Flota Auxiliar.

El 23 de noviembre del 2013, participó en la conformación del sindicato de trabajadores funcionarios de la empresa minera Antapaccay (Sitramina). El 27 de noviembre fue inscrito el sindicato en el Registro de Organizaciones Sindicales de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo (DRTPE) del Cusco. El 02 de diciembre del 2013, la compañía le cursó una carta de despido sustentado en el retiro de confianza.

a) Fundamentos de la parte demandante

El actor señaló que el término de su vínculo laboral es nulo porque se realiza como un acto de represalia, días después de que se constituyera el Sitramina y se afilió al mismo. Consideró que se vulneró su derecho a la libertad sindical, que incluye constituir una organización sindical y afiliarse al mismo, así como ser elegido como dirigente sindical. Asimismo, el recurrente afirmó que la demandada tenía una conducta antisindical en la

que incurrió al despedir por el mismo motivo a otros tres miembros de la junta directiva y cuatro trabajadores afiliados al sindicato a causa de su ejercicio sindical. En razón a ello, el demandante solicita que se deje sin efecto la carta de despido y se le reponga a su puesto de trabajo.

b) Fundamentos de la parte demandada

La empresa emplazada como ejercicio de defensa deduce excepción de incompetencia por motivo de materia, argumentando que el conflicto debe ser resuelto en un proceso ordinario laboral por ser una vía igualmente satisfactoria, y ser el indicado para controversias sobre despidos en los que se alega su nulidad por actos antisindicales del empleador. Asimismo, porque a diferencia del proceso de amparo, cuenta con una etapa probatoria.

Sin perjuicio de ello, contestó la demanda indicando que el recurrente tenía un cargo de confianza, pese a no tener una calificación formal, por las funciones que realizaba, las cuales incluían implementar mejoras estratégicas y proyectos de inversión, autorizar transacciones y otros que debían ser reportados al personal de dirección. Siendo así, se le cesa invocando el retiro de confianza acorde a ley, no existiendo un despido nulo, sobre todo porque no se le comunicó directamente la existencia del sindicato. Añadiendo que dicha comunicación se produjo el 4 de diciembre de 2013, después del cese, antes de ello no tenía conocimiento que el actor se afilió al Sitramina.

Por otro lado, la empresa afirmó que en el año 2013 se produjo una excedencia de trabajadores debido a que traspasó un gran número de personal a la mina Antapaccay por el cierre de operaciones en la mina Tintaya. En dicho contexto, se hizo forzoso iniciar un proceso de desvinculación y procedió a negociar con cada trabajador afectado para que acepten sus ceses. En consecuencia, entre octubre y diciembre del mismo año efectuó el cese de 149 trabajadores, la mayoría por mutuo disenso. Sin embargo, en los casos que no aceptaron de manera voluntaria el fin de su relación laboral, se empleó otras medidas. Tal es el caso del actor, que fue cesado por razones de excedencia, invocando el retiro de la confianza.

c) Sentencia de primera instancia

El Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo del Cusco resolvió fundada la demanda del señor Aparicio Quispe y ordenó su reposición, justificando su decisión en

base a los siguientes argumentos: i) la inscripción de Sitramina del 25 de noviembre del 2013 es un acto dotado de publicidad en sí mismo por lo cual desde esa fecha se conoce la existencia del sindicato, ii) los afiliados del sindicato estaban protegidos por el fuero sindical desde la inscripción hasta tres meses después de la misma, iii) el despido del demandante estuvo motivado por su participación en la constitución del Sitramina y afiliación al mismo, y iv) no se acreditó que el recurrente se desempeñaba como trabajador de confianza, ya que no se demostraron las características que se requieren para ser considerado como tal. De ese modo, no correspondía terminar su relación laboral argumentando el retiro de la confianza.

d) Sentencia de segunda instancia

La Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco resolvió infundada la demanda y revocó la sentencia. Debido a que, el artículo 31 de la LRCT debe ser armonizado con el artículo 26 del reglamento de la LRCT. En atención a ello, el sindicato debe comunicar a su empleador, mediante su junta directiva, sobre su constitución, para así lograr la protección de sus afiliados.

El juez indicó que el pedido de registro de una organización sindical y la inscripción de la misma, no significa que se puede presumir que todos los empleadores tengan conocimiento de lo registrado, pues dicha presunción no puede operar respecto del Registro de Organizaciones Sindicales, al no existir norma expresa que establezca tal presunción, como sí existe en el Código Civil con respecto a los registros públicos a cargo de la SUNARP. La razón de esta norma es imponer a la junta directiva del sindicato la obligación de informar a su empleador sobre su existencia, luego de inscrito, para que no sólo sea eficaz dicha inscripción, sino para oponer el derecho a la protección del fuero sindical a los miembros del Sindicato, frente a cualquier acción del empleador. En ese sentido, al no haber acreditado que la demandada haya conocido de la conformación del Sitramina y que por esta causa se despidiera al trabajador, cese anterior a la comunicación, no es posible sostener que se configure un despido nulo al no haber afectación de la libertad sindical.

e) Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú

El recurso de agravio constitucional, presentado por el demandante, contra la sentencia dictada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco fue resuelto como fundado por el Tribunal Constitucional. Sobre la calificación como

trabajador de confianza señaló que basándose en la descripción del trabajo que desempeñaba, no tenía tal categoría. Por lo cual, no correspondía ser despedido invocando el retiro de confianza.

Sobre la vulneración del derecho a la libertad sindical, el TC concluyó que el recurrente fue víctima de despido nulo. En razón de que, el 23 de noviembre del 2013, se constituyó el Sitramina y se eligió a sus representantes, siendo el demandante afiliado al mismo. El 27 de noviembre del mismo año, se inscribió el Sitramina en el Registro de Organizaciones Sindicales de la DRTPE del Cusco. Posteriormente, el 2 de diciembre de 2013, se le cursó al demandante una carta de despido. Al mismo tiempo, de la documentación presentada, el TC advirtió que, entre el 29 de noviembre y el 02 de diciembre, la emplazada terminó el vínculo laboral de siete trabajadores (Walter Chirinos, Herrera Zenón, Bautista Bolívar, Gerardo Machacca, David Flores, Joel Hernández y Cosme Bayona) que se afiliaron al sindicato, con el mismo argumento de retiro de confianza. Ello evidenciando una conducta antisindical.

En consecuencia, concluyó que se acreditó que el despido del recurrente estuvo motivado por el ejercicio de la libertad sindical, por haberse afiliado al Sitramina, y al haberse configurado el despido nulo, correspondía la reposición del trabajador. Finalmente, sobre la idoneidad de la vía procedimental no hubo discusión ni fundamentación al respecto.

f) Votos singulares por parte de los magistrados

El magistrado Miranda Canales tomando en cuenta el precedente Elgo Ríos (Exp. N° 02383-2013-PA/TC) argumentó que el proceso de amparo era la vía más idónea para atender la pretensión del demandante. Debido a que, los procesos ordinarios no resultan igualmente satisfactorios porque implican mayor tiempo de litigio y de lesión a los derechos vulnerados del actor. Por otra parte, había necesidad de una tutela urgente para proteger el derecho a constituir un sindicato y a afiliarse al mismo. En consecuencia, a fin de proteger el derecho a la libertad sindical y al trabajo, la vía adecuada es el proceso de amparo.

El magistrado Espinoza Saldaña-Barrera concluyó que se debió respetar y aplicar los criterios establecidos por el TC sin desnaturalizarlos o dejarlos de aplicar. En ese sentido, argumentó que la procedencia de la demanda debió analizarse sobre la base del precedente Elgo Ríos desde las perspectivas: objetiva y subjetiva.

El magistrado Ferrero Costa, por su parte, en su voto singular indicó que se requiere una mayor actuación probatoria para resolver la controversia. Pues no es posible determinar a partir de los medios probatorios si el despido del demandante fue a causa de su afiliación sindical. Al respecto, el trabajador afirmó que la empresa tenía conocimiento de su sindicalización desde el 2 de diciembre de 2013; mientras que, la demandada señala que recién el 2 de diciembre el sindicato solicitó a la AAT que notifique a la empresa sobre la inscripción sindical, hecho que ocurrió el 4 diciembre de 2013. Considerando ello, concluyó que la compañía no tuvo ninguna comunicación formal sobre la constitución del sindicato en la fecha de cese del demandante.

Sobre la vía procedimental, señaló que la NLPT cuenta con una estructura idónea para tutelar la pretensión del demandante y darle una protección adecuada, por ser una vía célere y eficaz respecto del amparo. Por tanto, al existir una vía igualmente satisfactoria corresponde habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda demandar el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados.

Finalmente, resaltó que la ponencia afirma que el recurrente no es un trabajador de confianza, pero sin indicar las razones que le llevan a esa conclusión, incurriendo así en una ausencia de la debida motivación, lo cual es especialmente sensible en este caso, si se tiene en cuenta que para ser miembro de un sindicato se requiere "no formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita".

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PRINCIPALES

Concluida la relación de los hechos, corresponde identificar los problemas legales que se originan. Para ello, se ha planteado un problema principal que resolverá el caso planteado. El mismo será analizado a partir de cuatro temas centrales, cada uno de los cuales se propone responder a una pregunta principal, así como a otras preguntas secundarias que ayudarán a resolver el problema principal.

Problema jurídico principal

La sentencia objeto de análisis ha llegado a una decisión a favor del derecho a la libertad sindical; sin embargo, durante su fundamentación ha presentado observaciones de

derechos fundamentales y de carácter procesal. Ello podría sugerir una ausencia de debida motivación en sus fundamentos, lo cual será analizado en este informe jurídico para resolver la siguiente interrogante:

¿La empresa minera Antapaccay vulneró el derecho fundamental de libertad sindical y el derecho al trabajo del demandante al despedirlo presuntamente por un retiro de confianza?

Problemas jurídicos secundarios

Con la finalidad de ofrecer una respuesta al problema jurídico principal, es pertinente la referencia y análisis de las siguientes cuestiones de derechos fundamentales y procesales a partir de los cuatro temas propuestos.

A. Sobre la libertad sindical y el trabajador de confianza

Pregunta principal:

1. ¿Cómo se garantiza la protección a la libertad sindical de los trabajadores de confianza, en el marco del derecho laboral peruano y a la luz del caso del señor Aparicio Quispe?

Preguntas secundarias:

- a) ¿Cómo se define y regula la categoría de trabajador de confianza? ¿El señor Aparicio Quispe era un trabajador de confianza en la Compañía Minera Antapaccay al momento de su despido?
- b) ¿Cuáles son los alcances y los límites del derecho a la libertad sindical en el caso de los trabajadores de confianza?
- c) ¿Pueden los trabajadores de confianza ser despedidos por constituir un sindicato, afiliarse a un sindicato o participar en actividades sindicales?
¿Corresponde el retiro de confianza como causal válida de cese?

B. Sobre la libertad sindical y el despido nulo como forma de vulneración

Pregunta principal:

1. ¿Se vulneró la libertad sindical del señor Aparicio Quispe en el contexto de su despido por la Empresa Minera Antapaccay?

Preguntas secundarias:

- a) ¿Cómo se desarrolló y aplicó el derecho a la libertad sindical del demandante en la sentencia del Tribunal Constitucional?
- b) ¿Cuál es el alcance del fuero sindical en el caso del señor Aparicio frente a su despido?
- c) ¿Cuáles son los elementos que se deben considerar para que un despido sea considerado nulo según la legislación laboral vigente?
- d) ¿Es el registro sindical de la organización un requisito necesario para la activación del fuero sindical de un trabajador?

C. Sobre la libertad sindical y el cese colectivo

Pregunta principal:

1. ¿El despido del señor Aparicio Quispe y de los otros trabajadores de la empresa se enmarca dentro de la figura de cese colectivo?

Preguntas secundarias:

- a) ¿Cuándo se considera “cese colectivo” y qué requisitos legales se exigen para llevarlo a cabo?
- b) ¿Aplicaba el cese colectivo de los trabajadores en la empresa Antapaccay? ¿Estamos ante un cese colectivo fraudulento?
- c) ¿Cuáles son las garantías a la libertad sindical que tienen los trabajadores en el contexto de cese colectivo?
- d) ¿Cómo impacta la cuestión formal o el requisito establecido en la norma en el derecho a la libertad sindical?

D. Sobre la vía procedimental

Pregunta principal:

1. ¿El proceso de amparo es la vía procedimental adecuada para demandar el despido nulo por la vulneración de la libertad sindical?

I. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

A. Sobre la libertad sindical y el trabajador de confianza

1. ¿Cómo se garantiza la protección a la libertad sindical de los trabajadores de confianza, en el marco del derecho laboral peruano y a la luz del caso del señor Aparicio Quispe?

En el caso examinado, el TC argumentó que, a partir de la descripción del puesto proporcionada por la demandada, no se puede considerar al trabajador como de confianza. En consecuencia, el despido no podía justificarse por la pérdida de confianza, sino por una causa justa establecida en la ley. Sin embargo, consideramos oportuno cuestionar esta justificación limitada y poco fundamentada para analizar la institución del trabajador de confianza. Con este fin, primero se examinará la definición, regulación y alcance de esta categoría y, en segundo lugar, se analizarán los límites y supuestos a la luz del caso presentado.

a) ¿Cómo se define y regula la categoría de trabajador de confianza? ¿El señor Aparicio Quispe era un trabajador de confianza en la Compañía Minera Antapaccay al momento de su despido?

Según la legislación laboral, se considera trabajador de confianza a aquel que trabaja en contacto directo y personal con el empleador o el personal de dirección, tiene acceso a información de carácter reservado como secretos comerciales, industriales o profesionales y sus opiniones o informes son directamente presentados al personal de dirección, colaborando así en la toma de las decisiones empresariales (Art 43 de la LPCL).

En consecuencia, podemos afirmar que el empleado de confianza tiene acceso a información confidencial, a diferencia de otros trabajadores, y que sus opiniones o informes presentados contribuyen en la toma de decisiones de la empresa. Por tanto, el trabajo de confianza no es un trabajo especial, sino se trata de una relación peculiar entre el empleador y el empleado basado en las funciones que este último desempeña. Así, es posible que un trabajador de confianza, sea un menor, una mujer, un artista, un deportista, un piloto o dedicarse a cualquier otra actividad (Buen Lozano, 2000, 14).

Según la doctrina, existe consenso en que los empleados designados como “trabajadores de confianza” son diferentes a un trabajador común. Toyama y Merzthal identifican tres características principales de estos empleados. Primero, que pueden ocupar posiciones jerárquicas. Segundo, que trabajan estrechamente con el personal de dirección para ayudar a tomar decisiones. Tercero, que tienen acceso a información confidencial de la empresa y proporcionan información importante para la toma de decisiones (Toyama Miyagusuku & Merzthal Shigyo, n.d., 86).

Villavicencio, por su parte, concuerda con la noción del Tribunal Constitucional, para quién las características distintivas de trabajador de confianza son: la confianza depositada por su empleador, la representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; el contacto con la dirección y la relación de dependencia (Villavicencio Ríos, 2013, 335). Por lo tanto, para considerar a un trabajador común con la condición de confianza se debe atender a las funciones y responsabilidades que realiza para la empresa en la que labora.

Se puede acceder a un puesto de confianza al ingresar directamente en el puesto o al ser promovido de las funciones normales a las de un cargo de confianza (art. 44 de la LPCL). Por tanto, el trabajador de confianza puede ser originario o no, dependiendo de la manera como llega a adoptar el cargo. Los originarios son aquellos que han sido contratados precisamente para cumplir funciones propias de un trabajador de confianza, existiendo un conocimiento de ello desde el inicio de la relación laboral. Los que no son originarios, son aquellos que comenzaron en un puesto de trabajo para realizar funciones típicas pero que luego el empleador les asigna tareas de un trabajador de confianza (EXP. N.º 03501-2006-PA/TC, FJ. 14). Es importante señalar que el empleador debe seguir un procedimiento para calificar al empleado de confianza. Aunque, de no hacerlo, es posible acreditar tal calificación con la prueba actuada (Artículo 59 y 60 de la Ley de Fomento del Empleo).

En el caso analizado, la empresa demandada afirmó que el señor Aparicio no tenía una calificación formal como trabajador de confianza, pero desempeñaba las funciones de uno de tal categoría. Dichas funciones incluían implementar mejoras estratégicas y proyectos de inversión, autorizar transacciones y otros, que debían ser reportados al personal de dirección. Al respecto, según el TC, para determinar si un trabajador es de confianza o no lo que importa es la realidad sobre los hechos y la naturaleza de las labores que realiza. (EXP. N.º 0575-2011-PA/TC, FJ. N.º 8) .

Conforme a todo lo señalado, y a la luz de las funciones desempeñadas por el demandante, existen elementos fácticos para concluir que el demandante no es un trabajador de confianza y que tal calificación vendría a ser fraudulenta, abusiva de derecho y un acto antisindical por parte del empleador. Primero, el señor Aparicio Quispe no posee las características distintivas de un trabajador de confianza: no trabaja en contacto directo y personal con el empleador ni con el personal de dirección, no tiene acceso a información secreta comercial, industrial ni profesional de la empresa y las labores que realiza no contribuyen en la toma de decisiones empresariales. Segundo, las labores que desempeña son propias de su cargo de supervisor de flota auxiliar, se refieren a la administración y logística de un conjunto de vehículos, lo cual incluye las labores de implementar mejoras estratégicas para la optimización del trabajo, proponer proyectos de inversión y autorizar transacciones del gasto de combustible de los conductores. En ese sentido, los reportes que realiza son propios de la organización jerárquica de la empresa.

Tercero, el demandante viene laborando en la empresa más de treinta (30) años y convenientemente el empleador lo califica como trabajador de confianza y lo despide en virtud del retiro de confianza en el marco de una excedencia de personal por la que atraviesa la empresa. Cuarto, el supuesto retiro de confianza se realiza con posterioridad a las actividades que realiza el trabajador para la constitución del sindicato en la empresa. Por tanto, se puede concluir que el señor Aparicio Quispe no era un trabajador de confianza y que la supuesta calificación es fraudulenta, abusiva de derecho y un acto antisindical por parte del empleador.

El Tribunal Constitucional llega a la misma conclusión, pero no justifica adecuadamente su decisión de calificar al demandante como trabajador común en lugar de trabajador de confianza. Con relación a este punto, es importante considerar las decisiones del Comité de Libertad Sindical, a saber: la amplia definición de “trabajador de confianza” puede limitar el derecho a participar en las organizaciones sindicales y afectar gravemente el derecho a la libertad sindical. Además, esta situación se agrava en el caso de pequeñas empresas, donde por el número reducido de trabajadores se impediría la creación de sindicatos (OIT, 2018). Siendo así, es necesario que tanto la regulación sobre el trabajador de confianza como la calificación del mismo estén claramente definidas y justificadas con la finalidad de evitar que se considere a cualquier trabajador como uno de esta condición y se vulnere su derecho a la libertad sindical.

En conclusión, aunque el proceso de amparo no tenga una etapa de actuación probatoria, es crucial que la decisión de considerar a un trabajador de confianza sea razonada y justificada adecuadamente. Con la finalidad, de que la amplia noción de trabajador de confianza no vulnere el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, y que la defensa no pueda argumentar falsamente que el cese fue motivado por el retiro de confianza y, por tanto, no es nulo.

b) ¿Cuáles son los alcances y los límites del derecho a la libertad sindical en el caso de los trabajadores de confianza?

En principio, resulta importante conocer los conceptos de la libertad sindical, los cuales se dividen en dos ámbitos: individual y colectivo. El primero es un medio para realizar el segundo. Referido a los derechos que le corresponden a cada trabajador personalmente, como el de afiliarse a un sindicato. En cambio, el ámbito colectivo le corresponde a la organización sindical, como el afiliarse como sindicato a una federación, desarrollo de acciones colectivas como la negociación colectiva y otros. (Neves Mujica, n.d., 5)

El propio TC ha postulado que la libertad sindical se manifiesta en los ámbitos: personal y plural. El plano personal en su aspecto positivo comprende al derecho del trabajador a formar sindicatos y unirse a los ya existentes; en cambio, en su aspecto negativo, engloba al derecho del trabajador a no afiliarse o desafiliarse de un sindicato. Por otro lado, el plano plural aborda tres aspectos: i) frente al estado, incluye la libertad sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical; frente a los empleadores, contiene el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales; y frente a las organizaciones sindicales, abarca la pluralidad sindical, la prohibición de cláusulas sindicales y otras (EXP. N° 0008-2005-PI/TC - FJ. N°27)

En resumen, hay un conjunto de derechos implicados a partir de la libertad sindical, tales como el derecho a afiliarse, desafiliarse y volver a afiliarse a los sindicatos existentes, así como participar de las actividades sindicales. Mientras que los sindicatos tienen el derecho a ejercer libremente sus funciones, reconocidas en la Constitución y leyes para salvaguardar los intereses de sus miembros, lo que incluye la regulación interna, representación sindical, libertad en la gestión, entre otros (EXP. N° 0008-2005-PI/TC - FJ. N°26).

Estos derechos están contemplados en la Constitución Política del Perú, en el artículo 28°, inciso 1, que establece que *“El estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical”*. La libertad sindical es un derecho que se enmarca dentro de nuestro modelo de Estado Constitucional y Social de Derecho, conforme lo ha establecido el TC, se caracteriza por su rol activo, no solo en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, sino también en la creación de mecanismos que garanticen la efectividad de dichos derechos. De ese modo, la actuación del estado debe estar dirigida a la implementación de medidas que aseguren la efectividad de estos, lo que permitirá que los seres humanos disfruten de ellos y puedan desarrollarse plenamente para alcanzar una vida digna (Meléndez Trigoso & del Rocío Nuñez Therese, 2017, 27).

La libertad sindical es aún más desarrollada en el corpus iuris internacional, que tienen reconocimiento constitucional, conformando el bloque de constitucionalidad, incluidas en nuestro ordenamiento por la numeración abierta que se establece sobre los derechos humanos (art. 3) y la disposición de interpretación de los derechos fundamentales acorde a estos instrumentos (Cuarta Disposición Final y Transitoria), así como la inclusión de los convenios celebrados en nuestro derecho nacional (art. 55). Según la normativa internacional, toda persona tiene el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la defensa de sus intereses (art. 23 de la DUDH), constituir las organizaciones que estime conveniente sin distinción alguna, sin necesidad de obtener una autorización previa y con el único requisito de observar los estatutos de la misma (art. 2 del Convenio 87). Para la garantía de este derecho los estados parte de la OIT tienen la obligación de tomar las medidas adecuadas para asegurar el libre ejercicio del derecho a la sindicación (art. 11 del Convenio 87).

La libertad sindical es un derecho que alcanza a los trabajadores de confianza se encuentra reconocido en el corpus iuris nacional e internacional, y del cual podemos concluir que: i) se extiende a todos los trabajadores y trabajadoras, ii) implica una actuación individual y otra colectiva, iii) se manifiesta en el ámbito afirmativo al integrarse a un sindicato y negativo al poder desafiliarse del mismo, iv) el ejercicio de este derecho implica que toda persona pueda fundar sindicatos y a afiliarse a estos para la defensa de sus intereses, v) el derecho debe ser ejercido sin distinción alguna, y vi) para la constitución no hay necesidad de obtener autorización previa.

En el caso de los empleados de confianza, la Constitución ha delegado la regulación para su ejercicio a los legisladores. De ese modo, la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo (LRCT) establece situaciones especiales y limitaciones debido a sus particularidades para el ejercicio del derecho a la libertad sindical, a saber:

- a) Impedimento de afiliación sindical (art. 12)
- b) Pérdida de confianza como forma válida para la extinción del contrato de trabajo
- c) No se reconoce su derecho de sindicación, ni de huelga (art. 42)
- d) El convenio colectivo no es vinculante para ellos (art.42)
- e) No tienen aprobada la abstención total de actividades en el caso de huelga (art. 77)
- f) No podrán ser elegidos como delegados (art. 5, Reglamento de la LRCT)

Para el análisis del caso en concreto, sin perjuicio de comentar las demás limitaciones de la libertad sindical más adelante, empezaremos por analizar la situación de la formación del sindicato de los trabajadores de confianza, de acuerdo con la restricción dispuesta en el artículo 12 de la LRCT: *“Para ser miembro de un sindicato se requiere: (..) b) No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita”*.

La norma citada parece igualar la categoría del personal de dirección con la del trabajador de confianza. Por lo cual, en principio, cabe analizar la diferencia entre estos. El personal de dirección está definido como aquel que representa al empleador ante otros trabajadores o terceros, lo reemplaza o comparte funciones de administración y control, o quien de cuyo desempeño y nivel de responsabilidad laboral depende el resultado de la actividad empresarial. (Artículo 43 de la LPCL). Mientras que, el trabajador de confianza es aquel que tiene acceso a información confidencial, tiene contacto directo con el empleador o trabajadores de dirección, y contribuyen en la toma de decisiones empresariales.

Sobre ello, el TC ha destacado que la principal diferencia entre estas dos categorías, es que el empleado de dirección tiene el poder de tomar decisiones y actuar en representación del empleador con sus respectivas facultades. Mientras que, el trabajador de confianza solo contribuye en la toma de decisiones de la empresa, está en contacto directo con el empleador o el personal de dirección y tiene acceso a información confidencial. Un personal de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no siempre es un empleado de dirección ya

que no tiene el poder de tomar decisiones ni de representar a su empleador. (EXP. N.º 03501-2006-PA/TC, FJ. 13)

Siendo así, podemos concluir que una importante característica que los diferencia es la de comprometer intereses y ser responsable del rendimiento de la actividad empresarial. Mientras que, el trabajador de dirección con la calificación de empleado de confianza puede tomar decisiones, representar al empleador y compartir las labores de administración y control, resultando en el éxito o no de la empresa. El trabajador de confianza, solo contribuye en la toma de decisiones, tiene información de carácter reservado y trabaja en relación directa con el empleador o empleado de confianza.

Establecida la diferencia entre estos trabajadores, la limitación a los empleados de dirección en su derecho a la libertad sindical estaría justificada en la protección de los intereses de los trabajadores y del empleador, siendo así, sería válida. Al respecto, Villavicencio ha señalado que la razón por la que se restringe la participación de estos trabajadores es para proteger a las organizaciones sindicales de cualquier entrometimiento de los empleadores. Pues la naturaleza de su cargo y las funciones que desempeñan ocasionan un mayor grado de identificación con los empresarios (Villavicencio Ríos, 2010, 102).

En esa línea, respaldamos la decisión del Comité de Libertad Sindical que asume tal restricción siempre que: (i) tengan sus propias organizaciones para defender sus intereses, y (ii) que tal categoría, de trabajadores de dirección o de confianza, no sean tan extensas como para debilitar a las organizaciones de los demás trabajadores en la empresa o rama de actividad (OIT, 2018). Tales condiciones serían una garantía para la tutela de la libertad sindical de los trabajadores de dirección y los de confianza.

El requisito de no formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador estaría justificado en el primer caso. En contraste, en el caso de los trabajadores de confianza esta restricción no se justifica y no es válida porque no tienen la misma jerarquía y representación, no tienen el mismo nivel de responsabilidad ni poder de tomar decisiones, no tienen conflicto de intereses de su calidad de empleado con los del empleador, éste no depende del éxito y tampoco su participación en los sindicatos podría tener injerencia de los empleadores por no representar sus intereses.

Ahora bien, referente a la restricción subordinada a la aprobación del estatuto del sindicato, es doblemente cuestionable, porque limita el derecho de los trabajadores a la

aprobación de los sindicatos y no resuelve el peligro de interferencia de los empleadores. Esto es en el caso de la participación de trabajadores de dirección en el sindicato si lo dispone su estatuto. En ese sentido, se propone una modificación que reconozca el derecho a la libertad sindical de estos trabajadores para conformar sus propias organizaciones, lo que es común en Europa con los sindicatos cuadros. Los que se enfocan más en actividades de capacitación y búsqueda de empleo que en la negociación de sus condiciones de trabajo y huelga (Villavicencio Ríos, 2010, 102).

Por otro lado, merecido comentario requieren las demás limitaciones en las manifestaciones del derecho a la libertad sindical. Esto es, sobre su elección como delegados, derecho de huelga y la no vinculación del convenio colectivo del que participen. Es un sinsentido que los empleados de confianza puedan participar en un sindicato y no beneficiarse de la existencia del mismo, pues no se les extiende los beneficios de un acuerdo colectivo.

Lo mismo con el derecho de huelga, debemos reiterar que el trabajador de confianza pese a la cercanía al empleador o al personal de dirección, es un trabajador y está subordinado; es decir, trabaja por los intereses de otra persona, dueña de la empresa en un contexto de desigualdad. Sin la huelga como medio de eficacia de la libertad sindical no tiene sentido el ejercicio de esta.

A la luz de las normas internacionales de los derechos humanos, los trabajadores de confianza tienen el derecho a fundar sindicatos del tipo que estimen conveniente. Adoptar la postura de limitar el ejercicio de los derechos de libertad sindical, tales como: la subordinación de la afiliación sindical a la voluntad del sindicato, la participación en la huelga, la vinculación del convenio colectivo, al abstención total de actividades en caso de huelga y su elección como delegados, va en contra de las obligaciones asumidas por el Estado de tomar las medidas necesarias para asegurar el libre ejercicio de los derechos de sindicalización. De ese modo, en virtud de la importancia de garantizar el ejercicio del derecho de libertad sindical en un estado democrático para equilibrar las desigualdades en el ámbito laboral, las limitaciones señaladas deben ser anuladas por obstaculizar el efectivo ejercicio de los derechos sindicales.

**c) ¿Pueden los trabajadores de confianza ser despedidos por conformar un sindicato, incorporarse a un sindicato o integrarse en actividades sindicales?
¿Corresponde el retiro de confianza como causal válida de cese?**

No existe una norma específica en nuestro ordenamiento que regule el término del vínculo laboral en el caso de los trabajadores de confianza. Sin embargo, la Constitución de nuestro país establece que el trabajo es un derecho y que la ley le otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario (arts. 22° y 27° de la CPP). Dicha protección alcanzaría a todos los trabajadores independientemente de sus peculiaridades

En el caso de los trabajadores de confianza, el TC ha establecido que pueden ser despedidos sin necesidad de expresión de causa. Debido a que, ocupan cargos de confianza que están sujetos a la “confianza” del empleador, lo que significa que éste puede invocar su retiro en cualquier momento y dar por terminado el contrato de trabajo, siendo esta una situación especial que extingue la relación laboral. (EXP. N° 0575-2011-PA/TC, FJ. N° 3).

En la misma línea, el supremo intérprete ha señalado que en el caso de los trabajadores de confianza que obtuvieron la calificación en el marco de una relación laboral preexistente; con el retiro de confianza retornarán a las labores comunes que realizaron con anterioridad para que no pierdan el empleo. Por el contrario, si es un trabajador de confianza desde el inicio de la relación laboral, o que realice labores que impliquen tal calificación, estará sujeto a la confianza para su estabilidad en el empleo. (EXP. N.° 03501-2006-PA/TC FJ N° 19 y 16)

El tribunal supremo de nuestra nación ha asentado la posición de que el retiro de confianza puede extinguir válidamente la relación laboral. Contrariamente, la opinión de la doctrina, a la cual nos suscribimos, se ha unificado en que el despido por la causal de retiro de confianza carece de sustento legal y vulnera los derechos constitucionales de los trabajadores (Ulloa Millares, n.d., 197).

En cuanto a la protección de la libertad sindical, la OIT ha establecido que los trabajadores tienen derecho a una protección idónea contra cualquier forma de segregación que pueda afectar la libertad sindical en el desarrollo de su empleo. Esta protección debe ser efectiva contra cualquier acción que tenga como fin condicionar a que un obrero se afilie o no a un sindicato, o que busque destituir o perjudicar a un trabajador por su incorporación sindical o por su colaboración en actividades sindicales fuera o dentro del horario laboral pero con la aprobación del empleador (artículo 1 del Convenio 98).

A partir de lo expuesto anteriormente, se puede concluir que, los trabajadores de confianza no cuentan con una defensa adecuada al despido, ya que dependen únicamente de la discrecionalidad del retiro de la confianza del empleador. Consecuentemente, podemos señalar que si un trabajador de confianza forma parte de un sindicato, autorizado en el estatuto, y pierde la confianza: (i) de ser originario, se retiraría del trabajo y ya no podría ejercer su derecho a la libertad sindical; (ii) de ser un trabajador promovido y calificado posteriormente, sí podría seguir desempeñando sus funciones originales en la compañía, y por tanto, seguir ejerciendo su derecho a la libertad sindical.

En relación al despido nulo: en el primer escenario, existe un vacío legal, al respecto si podría caber la reposición ya que el término del vínculo laboral no responde a una pérdida de confianza, sino a un acto de represalia y transgresión de la libertad sindical. En el segundo escenario, también se podría proceder con la restitución del trabajador en el mismo puesto. La justificación en ambos casos sería la misma. Garantizar una adecuada protección contra los actos de represalia que ejecutan los empleadores debido a la afiliación o participación de un trabajador en un sindicato.

En cuanto al caso específico analizado, consideramos que el Tribunal Constitucional no presentó una argumentación sólida ni argumentada para la calificación del señor Aparicio como trabajador de confianza. Sin embargo, a efectos de hacer una examinación de la figura del trabajador de confianza y su derecho a la libertad sindical, hemos realizado el análisis bajo el supuesto de que el señor Aparicio Quispe era un trabajador de confianza. De modo tal que, habiendo sido un trabajador de confianza cuyo retiro de confianza estuvo motivado por una conducta antisindical. La empresa vulneró el derecho a la libertad sindical al despedirlo en represalia por su participación en la constitución y afiliación al sindicato, así como por su elección como representante de los trabajadores.

En ese sentido, tal como el Comité de Libertad sindical ha señalado, la compleja determinación del posible carácter de confianza de un trabajador fundador de un sindicato no debería obstaculizar el proceso de inscripción. Si surgen reclamaciones al respecto, estas podrían ser examinadas posteriormente a la inscripción del sindicato, especialmente si hay alegaciones de injerencia de parte del empleador en la constitución del sindicato. (OIT, 2018, decisión 470 y 471). En definitiva, habiendo sido o no trabajador de confianza, tal calificación debería ser analizada después de la constitución

del sindicato. En el caso en concreto, debió haber sido después del registro en los Registros Generales de la DRTPE del Cusco.

Conclusiones parciales

El escaso razonamiento del Tribunal Constitucional sobre el extremo de la calificación del puesto de confianza vulnera el derecho de alegación de la empresa demandada. Pues tanto en la fundamentación como en el fallo no se ha tomado en cuenta el alegato de la parte demandada sobre la calificación de confianza del demandado. No ha habido una debida fundamentación sobre el derecho fundamental a la libertad sindical en el caso de los empleados de confianza. Tema que es fundamental para analizar; sobre todo si los empleadores pueden usar de excusa la condición de confianza para impedir la afiliación sindical o despedir a trabajadores que ejercen su derecho a la libertad sindical.

El empleado de confianza, a diferencia de un trabajador ordinario, trabaja directa y personalmente con el empleador o personal de dirección, tiene acceso a información de carácter confidencial y sus informes u opiniones contribuyen en la toma de decisiones empresariales. Si bien estas características especiales sirven para justificar sus limitaciones en el ejercicio del derecho a la libertad sindical, tal calificación entendida de forma amplia puede limitar el derecho a la libertad sindical, especialmente si son pequeñas empresas, donde se impediría la creación de sindicatos.

El ordenamiento peruano, hace un mal uso de la potestad reglamentaria al disponer como requisito que un trabajador no tenga cargo de confianza para ser miembro de un sindicato, a menos que lo permita la ley. En primer lugar, porque en el caso de los empleados de confianza no se ven comprometidos los intereses de la empresa ni es responsable del resultado de rendimiento empresarial. En segundo lugar, el requisito subordinado a la aprobación del estatuto del sindicato limita el ejercicio de la libertad sindical y no resuelve el riesgo de injerencia del empleador mediante la colaboración de los trabajadores de dirección en el sindicato.

En el último caso, la restricción a la garantía de la libertad sindical que en principio es un derecho de todos, solo podría ser aceptada si se les garantiza que tengan sus propias asociaciones y estas no sean tan extensas como para debilitar las demás organizaciones en la empresa o en la actividad. Finalmente, la constitución protege la

libertad sindical como un derecho esencial; por lo que, cualquier norma que limite ello podría ser considerada como inconstitucional.

B. Sobre la libertad sindical y el despido nulo como forma de vulneración

1. ¿Se vulneró la libertad sindical del señor Aparicio Quispe en el contexto de su despido por la Empresa Minera Antapaccay?

En la sentencia que es materia de análisis en este informe, el TC llega a la conclusión que se acredita que el cese del demandante estuvo originado por su ejercicio a la libertad sindical, específicamente por su afiliación al Sitramina. Por lo que, ordenó la reincorporación del trabajador. Los fundamentos que emite para sustentar esta posición se basan en que el despido se dio el 02 de diciembre, esto es, con posterioridad a la constitución del sindicato del 23 de noviembre y el registro del mismo el 27 de noviembre. Considerando esta cronología y en virtud al reconocimiento y al amparo de la libertad sindical prevista en la Constitución y en el corpus iuris internacional, concluye que el demandante fue víctima de despido nulo basada en una actitud antisindical. Además, agrega que el proceder de la demanda se refuerza con el hecho de que el 29 de noviembre y 02 de diciembre del 2013 con el mismo alegato usado en el caso, despidió a varios trabajadores que se afiliaron al sindicato Sitramina.

Si bien estamos a favor de la decisión final del TC, es pertinente analizar el razonamiento que emplea y los argumentos que esgrime para sustentar su postura. Así como, las resoluciones de las instancias inferiores que no van en la línea del Tribunal Supremo sobre el alcance del registro del sindicato y la fecha desde la cual les corresponde la protección.

a) ¿Cómo se desarrolló y aplicó el derecho a la libertad sindical del demandante en la sentencia del Tribunal Constitucional?

El TC hace un detallado recorrido sobre las normas a nivel constitucional (art. 28), nacional (art. 29 D.S 003-97-TR y art. 30 D.S 010-2003-TR), internacional (arts. 1, 3.1 y 11 del Convenio 87 de la OIT) y jurisprudencia (exps. 0008-2005-PI/TC y 04468-2008-AA/TC) en lo relativo al reconocimiento, alcances y amparo al derecho de la libertad sindical. Sin embargo, no hace un razonamiento detallado sobre el alcance de este

derecho. Para lo cual, consideramos importante hacer un breve recorrido sobre las manifestaciones de la libertad sindical.

En efecto, el derecho a la libertad es el reconocimiento y garantía de todo trabajador a fundar sindicatos y a integrarse a éstos para resguardar sus intereses, sin excepción alguna y sin necesidad de obtener un consentimiento previo. Este derecho según la jurisprudencia y la doctrina presenta dos ámbitos: individual y colectivo. En su ámbito individual, la libertad sindical está referida al derecho que tiene el trabajador a formar y asociarse libremente al sindicato que elija para la defensa de sus intereses laborales. En un sentido opuesto, también garantiza que el trabajador pueda desafiliarse libremente si así lo desea, sin sufrir afectaciones.

En su ámbito colectivo, la libertad sindical está referida a los sindicatos. Es decir, la garantía de que estos, en un nivel superior, puedan afiliarse a una federación para proteger los intereses de sus miembros. Esto implica que de forma libre y autónoma pueden ejercer sus funciones. Tales como representar a los trabajadores afiliados a estos, ante empresas y el Estado, gestionar su administración, negociar colectivamente diversas cuestiones de su interés, hacer ejercicio de la huelga y otros.

Sobre la protección a los sindicatos, debemos señalar que esta no se reduce a la protección como grupo, en su administración, reglamentación o sanciones, sino que también implica que se proteja a los miembros que lo conforman. Ya sean sus representantes, líderes, candidatos a representantes y los mismos miembros afiliados. Esto precisamente puede ser afectado con actos antisindicales por parte de las empresas, que pueden ir desde sanciones, hostilidad, acoso hasta despidos como forma de represalia del ejercicio de sus actividades sindicales, vulnerando así su derecho a la libertad sindical.

En el caso materia de análisis, la empresa minera inició el cese colectivo de 149 trabajadores en el año 2013, dentro de ellos se incluyó al señor Aparicio Quispe en la lista de trabajadores afectados. En ese sentido es conveniente tener presente que:

- I. El trabajador laboró por más de 30 años.
- II. Inició su vínculo laboral el 02 de noviembre de 1982.
- III. Se desarrolló en el puesto de trabajo de Asistente Jefe Junior y después como Supervisor de Taller de Flota Auxiliar.

- IV. Se reunió y se organizó con otros trabajadores para constituir el sindicato Sitramina el 23 de noviembre del 2013.
- V. Se inscribió al sindicato en el Registro de Organizaciones Sindicales de la DRTPE del Cusco el 27 de noviembre del 2013.
- VI. Al trabajador se le cursó una carta de despido el 02 de diciembre del 2013
- VII. Se le comunicó a la compañía la existencia del sindicato Sitramina el 04 de diciembre del 2013.

De lo señalado, se concluye que se trata de un trabajador que ejerce su derecho a la libertad sindical en sus dos ámbitos. Como manifestación individual, participa de la constitución del sindicato Sitramina y se afilia al mismo. Mientras que, desde la manifestación colectiva, el sindicato es registrado en el Registro de Organizaciones Sindicales de la DRTPE del Cusco.

En consecuencia, considerando el alcance del derecho a la libertad sindical, se concluye que esta protege de modo amplio al trabajador que decide afiliarse, así como al sindicato en conjunto que realiza las actividades correspondientes para su registro. En esa línea, suscribimos la argumentación del TC, donde señala que el cese del demandante estuvo fundamentado por su ejercicio a la libertad sindical, específicamente por su afiliación a una organización sindical. En razón a que, el trabajador fue despedido el 02 de diciembre, esto es, con posterioridad a la constitución del sindicato del 23 de noviembre y el registro del mismo el 27 de noviembre.

b) ¿Cuál es el alcance del fuero sindical en el caso del señor Aparicio frente a su despido?

Nos hemos referido al desarrollo y aplicación del derecho a la libertad sindical en el caso del señor Aparicio Quispe de acuerdo a como lo ha realizado el TC. Sin embargo, se ha podido advertir que este no se ha referido al fuero sindical de los trabajadores más que para mencionar la norma. El fuero sindical es un tema fundamental en la libertad sindical porque se refiere a la protección legal que se otorga a los sindicalizados para asegurarse que puedan ejercer sus responsabilidades y funciones para la defensa de sus intereses.

Según la normativa vigente, el fuero sindical asegura a ciertos trabajadores que no sean despedidos ni trasladados a otras instalaciones de la misma compañía sin causa justa demostrada o sin su consentimiento. Así, los trabajadores protegidos por el fuero sindical son: los miembros del sindicato en formación, los miembros de la junta directiva

del sindicato, los representantes de las secciones sindicales, los postulantes a dirigentes o delegados y los miembros de la comisión negociadora. Se establece que, en el contexto de la negociación colectiva, se puede ampliar el alcance del fuero sindical (Arts. 30° y 31° de la LRCT).

Conforme a los artículos explicados anteriormente, el fuero sindical es una medida de protección importante para garantizar a algunos trabajadores del sindicato que no sean despedidos o trasladados a otras instalaciones sin su consentimiento. Esta protección aunque restringida para determinadas personas en función a su cargo, se justifica en el papel que desempeñan en los sindicatos para la defensa y protección de los intereses colectivos. Sin embargo, en contra de lo establecido, consideramos que esta es una protección especial que debe alcanzar a todos los trabajadores que conformen el sindicato y debe ser establecida de ese modo en la legislación laboral.

En ese mismo sentido, el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional del 2019 decidió por unanimidad que la legislación laboral peruana sigue la teoría del fuero sindical amplio, según la cual no solo se protege a los dirigentes sindicales mencionados en el artículo 31° de la LRCT durante su gestión, sino también se protege a todos aquellos que han sido sujetos a despido debido a su actividad sindical pasada, y en general se protege a todos los trabajadores contra el cese y cualquier acto de represalia motivado por su participación en actividades sindicales.

En atención a ello, si bien la disposición de fuero limitado sigue vigente, en virtud a la garantía de la libertad sindical debemos seguir los acuerdos y conclusiones a las que llegan los jueces supremos sobre el fuero sindical. Esto es, la protección legal del fuero sindical se debe otorgar a todos los empleados que conforman el sindicato para asegurar que no sean afectados con despidos injustos por su participación en actividades sindicales.

En suma, el propio TC reconoce la gran importancia de la dimensión del fuero sindical, porque sin esta tutela sería imposible el ejercicio de diversos derechos y libertades, como por ejemplo el derecho a la reunión sindical, a la defensa de las actividades sindicales de los representantes, la protección de los intereses de los afiliados al sindicato y sus representantes en los procesos administrativos y judiciales, así como la negociación colectiva y el derecho a la huelga (EXP. N° 02318-2007-PA/TC - F.J N° 10). En esa línea, la libertad sindical protege que los sindicatos operen libremente sin interferencias externas que puedan afectar su funcionamiento. Protege también las

actividades sindicales realizadas por los sindicatos y sus miembros, así como a los líderes sindicales, para asegurar que puedan ejercer sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron escogidos. (EXP. N° 00206-2005-AA-TC - F.J N° 12)

En ese orden de ideas, podemos afirmar que: el fuero sindical es indispensable para el real ejercicio de la libertad sindical. Es un amparo que se otorga a todos los empleados para garantizar que no sean despedidos a causa de sus actividades sindicales. Sin el fuero sindical no se podría ejercer de manera idónea diversos derechos y libertades, como el derecho a la reunión, el resguardo de los intereses de los trabajadores afiliados al sindicato, negociación colectiva, huelga y otros.

En el caso concreto, el fuero sindical alcanzaría al señor Aparicio Quispe, tanto si este fuera un trabajador simplemente afiliado al sindicato o como si fuera, como es su caso, un trabajador afiliado que además es representante sindical. Esta protección permite entonces, que pueda reunirse con otros miembros del sindicato, participar activamente en la constitución del mismo, actuar en representación de la organización sindical y otras actividades ligadas al sindicato para el resguardo de sus intereses laborales. De ese modo, está protegido contra el despido por el ejercicio de dichas actividades.

c) ¿Cuáles son los elementos que se deben considerar para que un despido sea considerado nulo según la legislación laboral vigente?

El despido nulo es una figura legal que protege a los trabajadores contra los despidos de sus empleadores como repercusión de la transgresión de sus derechos fundamentales, tales como la no discriminación, igualdad de oportunidades, la libertad sindical, entre otros. En el caso de la libertad sindical, el despido nulo es aquel que se da con la intención de perjudicar a un trabajador por su incorporación a un sindicato o su participación en actividades sindicales.

Tal como se dispone en el artículo 29° de la LPCL: *“Es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales”*. Asimismo, en el artículo 46 del reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, se establece que el despido nulo procede para los candidatos a representantes y representantes de los trabajadores.

En este contexto, el estado, los empleadores y sus representantes deben inhibirse de realizar cualquier acción que pueda coaccionar, limitar o perjudicar de alguna manera el

derecho de los trabajadores a la sindicalización, y no deben intervenir de ninguna manera en la constitución, gestión o mantenimiento de las organizaciones sindicales que se formen. (Art. 4º de la LRCT). En efecto, como consecuencia de esta protección, los empleadores no pueden realizar acciones que coaccionen, limiten o perjudiquen el derecho de los trabajadores a la creación de los sindicatos, actividades de sindicalización y gestión de las mismas.

Para que un despido sea considerado como nulo, se debe incurrir en las conductas que se encuentran previstas expresamente en la ley. Para el caso de análisis, nos interesa el supuesto de cuando el despido tiene por motivo la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, ser candidato a delegado de los trabajadores, actuar o haber actuado como tal y por presentar una queja o colaborar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes (Art. 29 de la LPCL).

Sobre la carga de la prueba, como regla general le corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión (Art. 22 de la NLPT). Sin embargo, también le corresponde al empleador la carga de la prueba ante la existencia de un motivo razonable, diferente al hecho lesivo alegado. (inciso b) art. 23.4 de la NLPT). De ese modo, el despido no se presume como tal nulo; se debe probar los hechos imputados; siendo así, en el caso concreto, por un lado le correspondería al señor Aparicio Quispe demostrar que fue un despido nulo. Pero también, debido a que se le imputa la falta grave de despido nulo, le corresponde al empleador demostrar que fue un despido válido.

Sin perjuicio de lo señalado, se dispone que salvo que el demandado presente pruebas suficientes que demuestren una justificación objetiva y razonable de las acciones tomadas y de su proporcionalidad, el juez deberá considerar como verdaderas las evidencias que sugieren la existencia de un hecho perjudicial alegado. Los indicios que respaldan esta presunción pueden incluir las situaciones en las que ocurrieron los acontecimientos de la controversia y los antecedentes del comportamiento de ambas partes (art 23.5 de la NLPT).

En la misma línea, la Corte Suprema estableció que, no existe una disposición legal que exija la demostración previa de una causa justa de cese o terminación, y dadas las evidentes dificultades probatorias que suelen enfrentar los trabajadores, se considera válido aplicar el principio de facilitación de la carga probatoria. Según este principio, el esfuerzo del trabajador debe centrarse en demostrar la existencia de indicios suficientes que den certeza sobre la posibilidad de la lesión o violación de los derechos

fundamentales relacionados con la libertad sindical. En este sentido, la pertenencia a un sindicato o el rol de líder sindical se considera un indicio relevante para demostrar la existencia del motivo prohibido (Cas. Lab. 20352-2015, Lima Norte).

Al respecto, si bien esta instancia no tiene etapa de actuación probatoria, consideramos que el Tribunal Constitucional, ha hecho uso de tal presunción y principio. Al considerar como motivo que refuerza su argumentación el comportamiento de la demandada. En la medida que valoró el hecho de que la demandada despidió a siete trabajadores, quienes también se incorporaron al Sitramina, y a quienes se los despide con el mismo argumento que al demandante. Del mismo modo, es evidente que la pertenencia del demandante al sindicato es relevante para demostrar la existencia del motivo de acción antisindical.

Se ha reafirmado que cuando se busca la reposición al empleo como consecuencia de un despido nulo debido a la incurrancia en las causales dispuestas en el artículo 29 del D.S N° 003-97-TR, es necesario demostrar la causalidad existente entre despido y el hecho que originó el despido. Si esta relación no puede ser probada, la demanda será rechazada y considerada sin fundamento (Cas. Lab. 8544-2017, Lima). En esa línea, se determinará que el cese se da debido a una conducta antisindical si el empleado proporciona indicios razonables que demuestren que su despido se debió a una incorporación sindical o a su colaboración en actividades sindicales (Cas. Lab. 12816-2015, Lima).

En atención a que los trabajadores presentan dificultades probatorias para demostrar que sufrieron un despido nulo, la jurisprudencia da un valor importante a los indicios como medios probatorios. De ese modo, los trabajadores que aleguen el despido nulo pueden presentar indicios razonables para evidenciar que su despido se debió a su incorporación sindical o a realizar actividades sindicales. En este contexto, se debe poder verificar la relación causal entre el despido del demandante y su actividad sindical o afiliación.

En el caso concreto, el TC concluye por las fechas y contexto por cómo se dio el despido, posterior a la afiliación del trabajador al sindicato, se estaba ante un acto de represalia por el ejercicio de la libertad sindical del demandante. Argumento que reforzó con los indicios que presentó la demandada sobre el despido de sus compañeros del sindicato con el mismo argumento de retiro de la confianza. Estamos de acuerdo con dicha posición, que además se ve reforzada con el hecho de que el demandante pertenece al

sindicato y era miembro de la junta directiva del mismo. Asimismo, el récord laboral del trabajador, evidencia que este es un trabajador estable con más de 30 años de servicio en la compañía minera demandada.

d) ¿Es el registro sindical de la organización un requisito necesario para la activación del fuero sindical de un trabajador?

La empresa justificó el despido del demandante argumentando que se basaba en el retiro de confianza, tal como se establece en la ley, y que por tanto, no se trataba de un despido nulo, más aún porque no se le había comunicado de manera formal la existencia del Sitramina; pues dicha comunicación recién se produjo el 4 de diciembre de 2013, con anterioridad a esa fecha no se conocía que el trabajador hubiera sido incorporado al sindicato.

El razonamiento del Supremo Intérprete no resulta cercano con el análisis que presentan las instancias inferiores. Pues no cuestiona la fecha del registro del sindicato como medio de interposición de garantía contra el empleador. En primera instancia, se declaró que el actor fue víctima de despido nulo bajo el razonamiento de que la inscripción del sindicato tuvo lugar el 25 de noviembre del 2013, y al ser un acto de propaganda en sí mismo, la constitución del sindicato no puede ser ignorada. Siendo así, los empleados que eran parte del sindicato se encontraban amparados por el Fuero Sindical hasta tres meses después de su presentación y sólo podían ser cesados por causa justa.

En segunda instancia, se declara infundada la demanda bajo el razonamiento de que el artículo 31 del D.S 010-2003-TR debe ser concordado con el artículo 26 del D.S 011-92-TR, que establece que el sindicato, debe comunicar a su empleador, a través de su junta directiva, sobre su constitución, para así poder resguardar a sus trabajadores incorporados y a la dirigencia sindical de cualquier accionar del empleador que pretenda infringir el derecho a la libertad sindical. El pedido de registro y la inscripción de la misma, no significa que se puede presumir que todos los empleadores tengan conocimiento de lo registrado, pues dicha presunción no puede operar respecto del Registro de Organizaciones Sindicales, al no existir norma expresa que establezca tal presunción, como sí existe en el Código Civil con respecto a los registros públicos a cargo de la SUNARP. Siendo así, no se ha demostrado que la demandada haya conocido de la formación e inscripción sindicato y que por ese motivo se despidiera al demandante, el cese es anterior a su comunicación; por tanto, no es posible sostener

que el cese del trabajador sea nulo al no existir afectación del derecho a la libertad sindical.

A partir de ello, la cuestión a responder es si ¿Es necesario informar al empleador, después de inscrito el sindicato, sobre su existencia para que sea eficaz y se oponga el derecho a la protección del fuero sindical a los miembros del sindicato frente a cualquier acción del empleador?. Para ello, es preciso referirnos a las normas en conflicto. El artículo 31 de la LRCT dispone que *"Están amparados por el fuero sindical: a) Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después."* Mientras que, el artículo 26 del Reglamento de la LRCT dispone que: *"Una vez registrado el sindicato, la Junta Directiva comunicará al empleador o empleadores, según corresponda, en un plazo de cinco (5) días hábiles, la relación de sus integrantes y la nómina de sus afiliados"*

La obligación impuesta, por el artículo 26 antes citado, de informar en un plazo determinado al empleador de la existencia de un sindicato para que puedan ser protegidos refleja un acto de intromisión. Si bien, no señala una consecuencia jurídica para el incumplimiento, esta norma valida la injerencia de los empleadores en los temas internos del sindicato, como es su inscripción y registro. La consecuencia de ello, inevitablemente sería la violación de la libertad sindical. En suma, dicha obligación no se establece en la LRCT ni mucho menos es un requerimiento que disponga alguna norma internacional.

Todo lo contrario, en virtud de la garantía de la libertad sindical establecida en el Convenio 98 de la OIT, consideramos que no es un requisito indispensable que se informe al empleador sobre la existencia del sindicato para gozar del resguardo de la libertad sindical. Asimismo, el fuero sindical es una garantía que protege a todos los miembros del sindicato contra cualquier acción del empleador que pueda limitar u obstaculizar el ejercicio de su libertad sindical. Tal como, el registro del sindicato para la constitución del mismo.

Conclusiones parciales

Se vulneró la libertad sindical del señor Aparicio Quispe, quien fue despedido luego de que participe en actividades sindicales como es la constitución del sindicato Sitramina y afiliación al mismo, lo cual constituye un despido nulo por violación del derecho a la libertad sindical, establecido en la Constitución y en el marco normativo internacional.

El ejercicio de la libertad sindical implica que el empleado pueda constituir un sindicato y afiliarse al mismo (manifestación individual), así como que el sindicato pueda inscribirse (manifestación colectiva) en el Registro correspondiente para su reconocimiento jurídico. Conforme ha concluido el Tribunal Supremo, la compañía minera retira al señor Aparicio Quispe como represalia por ejercicio de su derecho, al ser despedido con posterioridad a la formación y registro del sindicato. Esta conducta antisindical se ve reforzada con la actuación de la empresa al despedir a otros trabajadores miembros del sindicato bajo el mismo argumento del presunto retiro de confianza.

En este contexto, el fuero sindical es una medida indispensable para la garantía del derecho a la libertad sindical. Permite garantizar a todos los miembros del sindicato que no sean despedidos u hostilizados por colaborar en actividades sindicales. Este amparo permite que los trabajadores puedan ejercer adecuadamente diversas libertades y derechos como el derecho a la reunión sindical, la protección de las actividades sindicales, representación y protección de los intereses colectivos, derecho a la negociación colectiva y huelga.

El cese del señor Aparicio Quispe se configura como un despido nulo, pues tuvo como motivo la afiliación de este al sindicato y su participación en actividades sindicales (constitución del sindicato, ser miembro de la junta directiva). La carga de la prueba la asumen ambos; por un lado, le corresponde al demandante presentar las pruebas necesarias que acrediten su despido nulo; por otro lado, también, le corresponde al empleador demostrar que el despido fue válido. En otras palabras, ambos deben presentar pruebas para sustentar sus posiciones.

Si bien la carga probatoria se dificulta en el caso de los trabajadores, estos pueden presentar indicios razonables para que en aplicación al principio de facilitación de la carga probatoria el juez, ante la falta de justificación objetiva y razonable por parte del empleador, considere como verdaderas las evidencias que sugieren el despido como represalia por el ejercicio de la libertad sindical. En el caso concreto, se ha valorado como indicios relevantes: la pertenencia al sindicato, el rol de representante sindical y la actuación antisindical de la demandante en el contexto de despido a otros trabajadores del sindicato.

En virtud del reconocimiento y el respaldo de la libertad sindical establecida en el Convenio 98 de la OIT, la obligación de informar al empleador sobre la existencia del sindicato, después del registro y en un plazo determinado, es una norma que excede los límites de la potestad reglamentaria y vulnera el derecho a la libertad sindical. En razón a que genera la intromisión en los asuntos internos y obstaculiza la constitución y actividad de los sindicatos. Más aún, subordina la activación del fuero sindical al registro, lo que afecta la garantía de proteger a todos los miembros del sindicato de cualquier acto que limite el ejercicio a su derecho a la libertad sindical. La Constitución protege la libertad sindical como un derecho esencial; por lo que, cualquier norma que limite ello podría ser considerada como inconstitucional.

C. Sobre la libertad sindical y el cese colectivo

En los apartados anteriores se han desarrollado los temas principales sobre el ejercicio de la libertad sindical en el caso de los trabajadores de confianza y el fuero sindical como institución indispensable para la efectividad del derecho a la libertad sindical. En este apartado, de forma complementaria y no principal queremos analizar el tema del despido de los 149 trabajadores, advertido a partir de la defensa presentada por la empresa. En ese contexto, proponemos destacar la relevancia de la figura de libertad sindical en un posible proceso de cese colectivo.

1. ¿El despido del señor Aparicio Quispe y de los otros trabajadores de la empresa se enmarca dentro de la figura de cese colectivo?

En el caso de autos, la compañía señaló que en el 2013, se produjo el cierre de operaciones en la mina Tintaya, por lo que pasó un buen número de personal a la mina Antapaccay, produciéndose una excedencia de personal posteriormente. A causa de ello, la empresa opta por iniciar un proceso de despidos individuales. Así, entre octubre y diciembre del 2013, cesó a 149 trabajadores, la mayoría por mutuo disenso. En los casos que no aceptaron voluntariamente el término de su vínculo laboral, se les cesó por razones de excedencia, invocando el retiro de confianza.

Aunque este despido masivo no es el tema en conflicto en el caso analizado, y no ha sido observado por las instancias inferiores a la vía de amparo, ni por el TC, resulta de interés examinar el asunto a la luz del ejercicio de la libertad sindical, tema abordado en el presente informe.

a) ¿Cuándo se considera “cese colectivo” y qué requisitos legales se exigen para llevarlo a cabo?

Siguiendo a Blancas, *“el despido colectivo se configura cuando el empleador resuelve unilateralmente las relaciones laborales de un conjunto de trabajadores fundándose en la existencia de una causa general y objetiva, relativa al funcionamiento de la empresa”* (Cortés Carcelén, 1996, 81). Por su parte, Paredes señala que puede definirse como la pluralidad de despidos individuales que están relacionados entre sí, ya que se basan en la misma causa y ocurren simultáneamente. La imparcialidad de la causa en la que se fundamenta se deriva del hecho de que se configura de manera independiente y ajena a la conformidad y proceder de los trabajadores (2019, 24)

En otras palabras, el cese colectivo o despido colectivo se refiere al término del vínculo laboral de un grupo de trabajadores en el mismo momento. Este término de vinculación laboral debe estar causado y justificado objetivamente por la necesidad y funcionamiento de la empresa. Siendo así, la razón del término del vínculo laboral es independiente a las aptitudes o actitudes del trabajador en el desempeño de sus funciones.

En esa línea, de acuerdo con Silva la decisión extintiva surge de dos acciones: por un lado, de la Administración Estatal que otorga el consentimiento legal, y por otro lado, el empresario que pone fin a los contratos con base en dicho consentimiento (Paredes Valdiviezo, 2019,13). Consecuentemente, la terminación del contrato de trabajo por motivos objetivos solo se puede llevar a cabo si se sigue el proceso establecido en la ley y se autoriza mediante un acto administrativo constitutivo. Dicho acto debe incluir la evaluación previa de los hechos que justifiquen la alteración al derecho a la seguridad laboral de los trabajadores implicados (Quino Cancio, 2019, 24). De ese modo, la terminación colectiva de los contratos de trabajo se realiza por los motivos objetivos señalados en la ley, siguiendo el procedimiento establecido y con la autorización de la autoridad. Este acto incluye la evaluación inicial de los hechos que justifican la afectación al derecho de los trabajadores afectados en su estabilidad laboral.

En nuestro ordenamiento jurídico, se dispone que las causas objetivas que pueden justificar el cese colectivo de los contratos de trabajo son: a) el caso fortuito o fuerza mayor; b) las razones económicas, tecnológicos, estructurales o similares; c) la disolución y liquidación o la quiebra de la compañía; y d) la reestructuración patrimonial.

La causa objetiva referida a las razones económicas, tecnológicas, estructurales o similares, sólo se aplicará cuando se afecte al menos al diez (10) por ciento del total de trabajadores de la compañía (Arts. 46 y 48 de la LPCL).

De acuerdo con lo señalado por la empresa, se trataría de un cese colectivo por motivos estructurales, debido al cierre de operaciones de una de las minas y la consecuente excedencia de personal. Siendo así, los requisitos legales que la ley establece para el cese colectivo basado en motivos económicos, tecnológicos o estructurales se centran en cumplir dos requisitos: (i) la presencia de causa objetiva y (ii) que el número de empleados afectados no sea menor del 10% de la totalidad del personal de la compañía.

b) ¿Aplicaba el cese colectivo de los trabajadores por parte de la empresa Antapaccay? ¿Estamos ante un cese colectivo fraudulento?

Según el Informe de sostenibilidad de la compañía minera Antapaccay S.A, en el 2012 contaba en su centro de operaciones de Tintaya y Antapaccay con 1546 empleados y en el 2013, realizó el despido de 149 trabajadores. Para evaluar si aplicaba el cese colectivo debemos analizar si cumple con los requisitos.

Sobre la presencia de causa objetiva, la empresa si cuenta con un motivo objetivo, este es: motivo estructural. El cual está referido al aspecto organizativo de la compañía. Se debe evaluar si la asignación y clasificación del personal es adecuada para el funcionamiento eficaz de las distintas áreas de producción de la empresa. De existir un exceso de personal, se tomará la decisión de reducirlo. Asimismo, según lo mencionado por Gomez, la decisión de reducir al personal se considera una decisión radical y coyuntural que toma el empleador porque la continuidad y supervivencia de la empresa lo exigen, al no tomar esta decisión, se pueden ocasionar daños irreparables que podrían llegar hasta la desaparición de la empresa (Astocondor Altamirano, 2016,15-46).

Considerando que la empresa ha superado el primer requisito de la existencia de motivo objetivo señalado en la ley, el segundo requisito por cumplir es que al menos el 10% de los trabajadores deberían ser despedidos. Siendo así, tenemos que el total de trabajadores asciende a 1546, el 10% de este total serían 154 trabajadores. Sin embargo, "sólo" se despiden a 149 trabajadores, existiendo una diferencia de 5

trabajadores por los cuales no se puede calificar para el cese colectivo regulado por norma.

La situación problemática radica en que no se puede recurrir a la modalidad de cese colectivo debido a que no se cumple con el número mínimo requerido para justificar una causa objetiva según lo establecido en la norma. La ausencia de este requisito legal ocasiona que no sea posible optar por el cese colectivo pese a que están involucrados un gran número de trabajadores.

En este contexto, el incumplimiento de dicho requisito impide que los empleados afectados puedan tener acceso a las garantías y protecciones establecidas en el marco de un despido colectivo. Esto significa que, en lugar de realizar un proceso de negociación colectiva con el sindicato como representante de estos trabajadores, el término de vínculo laboral se realiza de forma individual, perpetuando el desequilibrio de poder que existe en las relaciones laborales.

De los datos desprendidos del caso, se puede argumentar que se trata de un cese colectivo fraudulento debido a varios indicios presentes. En primer lugar, el hecho de que la empresa despidiera a cinco trabajadores menos de lo requerido por la normativa para calificar como cese colectivo, sugiere la intención de la empresa de evitar las obligaciones y garantías establecidas para la figura del despido colectivo. En segundo lugar, la causa de la extinción de los contratos alegada por la empresa se basa en razones objetivas de estructura pero lo aplica como una extinción individual a cada trabajador y por mutuo disenso, evidenciando la ilegitimidad o la fraudulencia de la situación.

Además, se observan otros indicios que respaldan la idea de un cese colectivo fraudulento. Por ejemplo, hay despidos colectivos encubiertos como despidos por retiro de confianza, por los cuales se ha despedido a varios trabajadores miembros del sindicato, a pesar de no contar con una calificación formal de confianza, ni serlos en la realidad. Asimismo, hay una indiferencia de la empresa por llevar a cabo una consulta previa a los miembros del sindicato, o en su defecto, a los delegados de los trabajadores afectados para considerar sus propuestas y opiniones. En base a estos indicios, se puede concluir que hay pruebas suficientes para considerar que nos encontramos ante un caso de cese colectivo fraudulento.

c) ¿Cuáles son las garantías a la libertad sindical que tienen los trabajadores en el contexto de cese colectivo?

La LPCL ha establecido las causas objetivas para el cese colectivo y el procedimiento para llevarlo a cabo. En este último, se incluyen una serie de garantías para los trabajadores afectados. En primer lugar, la compañía deberá brindar al sindicato o al representante de los trabajadores, en caso de no haber sindicato, la información necesaria con el motivo que expone y la nómina de trabajadores perjudicados. Asimismo, comunicará a la AAT para la apertura del respectivo expediente (Art. 48).

La compañía deberá entablar acuerdos sobre el término de los contratos de trabajo o las medidas que pueden ser tomadas para prevenir o limitar el despido de trabajadores. Estas disposiciones pueden ser la suspensión temporal total o parcial de las actividades laborales, la reducción de turnos (en horas o días laborables); el cambio de las condiciones laborales; la revisión de las restricciones colectivas vigentes; y otras que puedan ayudar a la persistencia de las actividades económicas de la compañía. Cualquier convenio alcanzado será obligatorio para ambas partes (Art. 48).

Los trabajadores que serán sujetos de cese tienen derecho a la intervención en la toma de decisiones vinculadas con el despido masivo. Ello implica que puedan ser consultados y tengan la oportunidad de manifestar sus opiniones o propuestas sobre las medidas para prevenir que se tome una decisión radical sobre el despido colectivo o para limitar o minorar el despido del personal. Asimismo, podrán presentar pericias complementarias sobre la causa objetiva que señale el empleador (Art. 48). Esto ratifica la garantía de información y participación del sindicato o representantes en el proceso del cese colectivo.

Se prioriza la participación del sindicato para la negociación con los empleadores. La participación de estos equilibra el proceso de cese colectivo, pues en lugar de realizar el despido de forma individual, donde el poder del empleador impera y se encuentra en una mejor posición de negociar, se prefiere que los sindicatos participen equilibrando la balanza. Ello porque al representar a un mayor número de trabajadores aumenta su poder y contribución en el proceso de negociación colectiva, al plantear mejores medidas para coadyuvar a la continuidad de la compañía o despedir a un número menor de empleados en el contexto del cese.

De otro lado, al estar el sindicato más familiarizado con los derechos que les corresponden a los trabajadores, pueden asegurarse que se ponderen los derechos y garantías de los empleados que fueran afectados por el despido colectivo. Asimismo, la

participación del sindicato puede presionar al empleador al generar mayor visibilidad y apoyo de la opinión pública. Además, en el caso de la empresa se permite optimizar recursos al centralizar esfuerzos en un solo cese colectivo y evitar las discrepancias con los trabajadores involucrados.

Las garantías a la libertad sindical en el contexto de un cese colectivo, establecidas en el marco normativo, incluyen el derecho a la información, el derecho a la participación y el derecho a la negociación colectiva. Estas garantías buscan equilibrar el poder de la empresa, permitiendo que el sindicato o los delegados de los trabajadores afectados participen en la negociación y propongan medidas para garantizar la continuidad de la compañía y el mantenimiento de los puestos de trabajo. Además, la participación del sindicato en el proceso de despido colectivo no solo generaría mayor visibilidad y apoyo público, sino que también asegura que se defiendan y demanden mejores condiciones laborales para los trabajadores representados, ya que están familiarizados con las materias laborales. En atención a todo ello, la figura del cese colectivo logra equilibrarse si se cuenta con la participación de los trabajadores mediante sus sindicatos.

d) ¿Cómo impacta el requisito establecido en la norma en el derecho a la libertad sindical?

El requisito del 10% establecido en la norma tiene un impacto perjudicial en el ejercicio del derecho a la libertad sindical. Este requisito limita la posibilidad de recurrir al cese colectivo, en el cual se establecen garantías a los trabajadores. Si no se cumple con el requisito formal, se restringe el ejercicio sindical al limitar a los sindicatos en sus funciones, específicamente su capacidad de participar en negociaciones colectivas para proteger los intereses de los trabajadores que representan.

La consecuencia de la ausencia de la participación del sindicato genera desigualdad en el poder de negociación, ya que en ausencia de un cese colectivo con participación sindical, se recurre a negociaciones individuales donde los empleadores tienen una ventaja de poder asimétrica y pueden celebrar acuerdos de mutuo disenso en beneficio propio, otorgando beneficios limitados a los empleados despedidos. Es decir, se traducen en medidas menos favorables para el mantenimiento de los puestos de trabajo y la subsistencia del negocio, así como menos beneficios económicos para los trabajadores afectados.

Por otro lado, se afecta el derecho del trabajo del propio trabajador, ya que el requisito mínimo exigido de trabajadores a despedir, establecido sin una justificación clara, podría permitir el despido indiscriminado de varios trabajadores sin la representación de un sindicato cuando no alcance este requisito. Esto resulta en la pérdida del empleo y la reducción de los beneficios económicos necesarios para subsistir.

En conclusión, existen justificaciones suficientes para cuestionar el requisito numérico establecido en la ley, ya que afecta el ejercicio del derecho a la libertad sindical en su ámbito colectivo. Desde una perspectiva constitucional, es deber del estado garantizar, fomentar y promover la libertad sindical y la negociación colectiva. Por lo tanto, el juez debería considerar el cumplimiento de este requisito, y de afectar los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, aplicar control difuso para inaplicarlo al caso.

Conclusiones parciales

El despido del señor Aparicio Quispe y de los otros trabajadores de la empresa minera Antapaccay no ha sido materia de análisis como cese colectivo ni por la primera y segunda instancia ni por el TC. Sin embargo, a partir de la argumentación de defensa presentada por la demanda, se ha analizado la figura a la luz de un estatuto vigente y desde una perspectiva constitucional. Siendo así, existen indicios para argumentar que el despido de los 149 trabajadores se enmarca dentro de la institución del cese colectivo.

En primer lugar, a pesar de que la empresa argumenta motivos estructurales como justificación para el despido de un gran número de trabajadores, opta por realizarlos de forma individual mediante convenios de mutuo disenso. En segundo lugar, la empresa minera despidió a cinco trabajadores menos de lo requerido en la normativa para calificar como cese colectivo. Con ello se evitan las obligaciones y garantías para los trabajadores afectados. En tercer lugar, la empresa realiza despidos de varios miembros del sindicato bajo el mismo supuesto falso de retiro de confianza para limitar el ejercicio sindical y la defensa en el marco de un despido masivo.

El requisito numérico de despedir mínimo al 10% del total de trabajadores para aplicar el cese colectivo limita la libertad sindical. En este contexto, debemos señalar que la participación del sindicato en el proceso de cese colectivo es fundamental e indispensable por varias razones. En primer lugar, actúa como representante de los trabajadores, equilibrando el poder entre los trabajadores y los empleadores para una mejor negociación en el proceso de cese colectivo. En segundo lugar, vela por los

intereses y derechos de sus representados, asegurando una mayor equidad, acuerdos justos y protección para los trabajadores afectados. En tercer lugar, debido a su experiencia y conocimientos en temas laborales puede proponer medidas más efectivas para la continuidad de la empresa y permanencia de los trabajadores.

En consecuencia, en términos constitucionales y a la luz de los acuerdos internacionales 87 y 98 de la OIT, corresponde al Estado garantizar, fomentar y promover tanto la libertad sindical como la negociación colectiva. Por lo tanto, en cada caso concreto, el juez tiene la responsabilidad de evaluar la realización de este requisito y, en caso de que se vean afectados los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, aplicar control difuso para aplicarlo al caso en cuestión.

D. Sobre la vía procedimental en caso de vulneración de la libertad sindical

1. ¿Es el proceso de amparo la vía procedimental adecuada para demandar el despido nulo por la vulneración de la libertad sindical?

En el presente caso, la empresa minera plantea la excepción de incompetencia por razón de materia, sosteniendo que la controversia debe ser solucionada en la vía del proceso ordinario laboral, ya que este proporciona una vía igualmente satisfactoria, y es el adecuado para abordar cuestionamientos relacionados con despidos en los que se manifiesta su nulidad debido a actos antisindicales por parte del empleador. A diferencia del proceso de amparo, el proceso ordinario laboral cuenta con una etapa probatoria.

Sobre este extremo, en las instancias inferiores no se hace mayor análisis. Asimismo, en la resolución del TC no se realiza un razonamiento sobre la idoneidad de la vía de amparo. Sin embargo, en la emisión de los votos singulares, los magistrados presentaron diferentes posturas: a favor y en contra de la idoneidad de la vía de amparo. Los argumentos que respaldan la afirmación de que la vía del amparo es adecuada se han referido a la celeridad que ofrece el proceso para la pretensión demandada, en contraste al del proceso ordinario. Esta última no será igual de satisfactoria porque implica mayor tiempo de litigio y el agravio de sus derechos constitucionales. Además, se señala que hay una necesidad de tutela urgente para proteger el derecho a la libertad sindical, en sus manifestaciones de formación y afiliación. Por todo ello, es que, en principio, se debe recurrir al proceso de amparo.

Por otro lado, los argumentos que señalan que el amparo no es la vía adecuada para la demanda se han justificado en la necesidad de una mayor actuación probatoria para resolver la controversia. Asimismo, se señala que la NLPT cuenta con una estructura adecuada para acoger la demanda y darle tutela, al ser una vía célere y eficiente respecto del amparo. Por tanto, al existir una vía igualmente satisfactoria, corresponde anular el plazo para que la parte demandante pueda instar el reclamo de sus derechos por la vía ordinaria laboral.

Teniendo en cuenta dichas posturas, haremos un análisis propio sobre la idoneidad o no de la vía de amparo. El inciso 2) del artículo 7 del Código Procesal Constitucional establece que no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. La interpretación de esta norma por el TC ha llevado a establecer un listado de criterios a evaluar para determinar cuándo una vía ordinaria resulta igual de eficaz.

En este contexto, debemos hacer referencia al caso Elgo Ríos, en el cual el TC estableció una serie de pautas para analizar la procedencia de una demanda de amparo en la vía constitucional, cuando exista una vía ordinaria regulada. Señala que la vía convencional será igualmente satisfactoria a la vía del proceso de amparo, si en el caso específico se demuestra, de manera copulativa, la realización de los siguientes elementos:

- a) Se debe verificar si la estructura del proceso es idónea para la protección del derecho.
- b) Se debe verificar si la decisión futura a emitir podría brindar una protección adecuada.
- c) Se debe verificar que no hay riesgo de que se produzca un daño irreparable.
- d) Se debe verificar que no hay necesidad de protección urgente por relevancia del derecho o gravedad de las consecuencias.

La ausencia de estos prerequisites evidencia que no existen alternativas idóneas al amparo. Estos criterios fueron establecidos con carácter de precedente, lo que significa que, en futuros casos similares se deberán tener en cuenta al momento de decidir sobre la admisibilidad de una demanda de amparo (02383-2013-PA/TC, F.J N° 15).

Con relación al caso concreto, la estructura del proceso ordinario laboral, por naturaleza, al tener más etapas como la probatoria, tomará más tiempo y mayor demora en la resolución del caso. Al contrario, el proceso de amparo tiende a ser más rápido y eficaz. Por lo tanto, para la pretensión de la demandante referida a la defensa de su derecho a la sindicación, específicamente a fundar una organización y afiliarse al mismo, el amparo es la opción más adecuada (estructura idónea).

Sobre el análisis de si la decisión que se fuera a emitir pueda garantizar una adecuada protección, tenemos que tener en cuenta una resolución pronta y efectiva. Asimismo, es necesario tener en cuenta el tiempo transcurrido que viene empleando el demandante para la defensa de su derecho. Al respecto, la vía de amparo discordando del proceso ordinario laboral y considerando el tiempo invertido, tiene la capacidad de dar una respuesta pronta y efectiva (tutela idónea).

Sobre la urgencia por la irreparabilidad del derecho vulnerado, en el caso se verifica que la afectación de la libertad sindical ha tenido efectos en la pérdida del empleo del señor Aparicio. En este contexto, no solo se priva de sus ingresos para la subsistencia de su vida, sino también a largo plazo se pueden generar dificultades para que encuentre otro empleo, estigmatizaciones en el ámbito laboral y limitar el goce de otros derechos fundamentales, como la seguridad social.

Sobre la necesidad de protección urgente se justifica en el perjuicio irreparable que puede generar para el trabajador. Siendo así, es necesaria la protección inmediata o pronta del derecho a la libertad sindical para garantizar la autonomía, organización y representación de los empleados para la defensa de sus intereses.

En ese sentido, en el caso concreto del señor Aparicio Quispe contra la Minera Antapaccay, la vía de amparo es la idónea para la defensa de su derecho a la libertad sindical y al trabajo. En primer lugar, brinda una estructura más rápida y efectiva para la defensa de sus derechos. Asimismo, mediante el amparo se puede emitir una resolución que garantice una tutela adecuada considerando que la pronta resolución compensará el proceso avanzado y el tiempo que se ha venido demandando la defensa. Además, en vista de que, existen riesgos que pueden generar daños irreparables para el trabajador, la vía de amparo, al ser más rápida y efectiva, permite actuar de manera temprana y prevenir la irreparabilidad de estos perjuicios. En esa línea, siendo que la libertad sindical es un derecho reconocido en el corpus iuris nacional e internacional, se hace

necesario el reconocimiento y la garantía de este derecho al ser necesario para el equilibrio de poderes en el plano laboral.

Conclusiones parciales

Se ha planteado la discusión sobre la idoneidad del proceso de amparo frente al proceso ordinario laboral. Si bien los magistrados han presentado argumentos a favor y en contra, la vía de amparo se muestra más idónea debido a superar los criterios para analizar la procedencia de una demanda de amparo en la vía constitucional del precedente del caso Elgo Rios.

En primer lugar, la vía del amparo se muestra más adecuada debido a su celeridad para la tutela del derecho a la sindicación y la urgencia de evitar daños irreparables. En segundo lugar, el amparo garantiza una tutela pronta y efectiva, compensando el tiempo transcurrido para la defensa de los derechos afectados. En tercer lugar, respecto a la urgencia por la irreparabilidad es necesario atender a que no solo se priva de sus ingresos para la subsistencia de su vida, sino también a largo plazo se pueden generar dificultades para que encuentre otro empleo, estigmatizaciones en el ámbito laboral. Finalmente, la necesidad de protección urgente en un contexto como el nuestro, con una tasa bajísima de sindicación, es indispensable para garantizar la libertad, organización y representación de los empleados mediante las organizaciones sindicales para la defensa de sus derechos e intereses.

VI. CONCLUSIONES FINALES

- El uso abusivo de la calificación de un trabajador como de confianza tiene repercusiones en el ejercicio de la libertad sindical. En la ley se hace una similitud de esta categoría con un trabajador de dirección en el requisito para ser parte de un sindicato, ello sin poner mayor consideración en la distinción. Tal indefinición de calificación perjudica el ejercicio de la libertad sindical para este grupo al no justificar adecuadamente las razones de su exclusión. La amplia definición de esta categoría vulnera manifiestamente el derecho de los trabajadores de confianza de poder formar y afiliarse a un sindicato para la defensa de sus intereses.
- La norma vigente trata de garantizar el derecho a la libertad sindical para los empleados de confianza estableciendo una excepción al requisito de no ser un trabajador de confianza. Esta es la aceptación del sindicato en su estatuto para que puedan formar parte los trabajadores de estas categorías. Sin embargo, no hace más que condicionar el ejercicio de su derecho a la aceptación del sindicato. Lo que es más perjudicial es que, si los sindicatos aceptan a los trabajadores de confianza o de dirección indiscriminadamente, se pone en riesgo los intereses del sindicato, pues los empleados de confianza representan los intereses de los empleadores.
- El corpus iuris internacional desempeña un papel importante en la protección y tutela del derecho a la libertad sindical. Estas normas y estándares establecidos en los convenios internacionales, resoluciones, declaraciones, recomendaciones e informes brindan una norma imperativa de carácter general para garantizar el ejercicio de la libertad sindical de todas las personas sin distinción alguna. Una lectura de estas normas nos llevan a concluir que los trabajadores de confianza tienen el derecho a la libertad sindical, es decir a poder conformar sindicatos y representar sus intereses, ya sea en un sindicato común de la empresa o mediante sus propias organizaciones que pudieran conformar.
- El fuero sindical es una figura imprescindible para la eficacia del derecho a la libertad sindical. Protege a los trabajadores que participan de un sindicato frente a despidos o acciones perjudiciales que toman los

empleadores debido a la participación de estos en las organizaciones sindicales. Esta garantía propicia un entorno seguro para que los trabajadores puedan organizarse libremente y negociar sus condiciones laborales con sus empleadores. Esta negociación permite equilibrar la relación de poder que existe en las relaciones laborales.

- La libertad sindical es una garantía con mayor trascendencia, en el caso de un proceso de cese colectivo. Tiene la función principal de representar a los trabajadores que serán afectados, equilibrar la balanza en la negociación colectiva de cese y proponer medidas a fin de mitigar las afectaciones a los empleados.
- La vía idónea para demandar la defensa del derecho a la libertad sindical es el proceso de amparo debido a su celeridad, y tutela pronta y efectiva, compensando el tiempo transcurrido para la defensa de los derechos afectados. La defensa del derecho a la libertad sindical es de urgencia por su irreparabilidad, pues no solo se priva de sus ingresos para la subsistencia de su vida, sino también a largo plazo se pueden generar dificultades para una persona que encuentre otro empleo. En un contexto como el nuestro, con una tasa bajísima de sindicación, es indispensable garantizar la libertad, organización y representación de los trabajadores para la defensa de sus derechos e intereses.

BIBLIOGRAFÍA

Astocondor Altamirano, J.

(2016). "El cese colectivo en el Perú y la problemática de la ley 27803". Trabajo de suficiencia profesional para optar el Título Profesional de Abogado.

http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/4841/TRSUFICIENCIA_ASTOCONDOR%20ALTAMIRANO.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Buen Lozano

(2000). *Derechos del trabajador de confianza*. Cámara de Diputados, LVII Legislatura.

Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

(2018). *La libertad sindical: recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

Cortés Carcelén, J.

(2016). ¿El cese colectivo por causas objetivas puede ser considerado como despido? IUS ET VERITAS, 81-88.

Meléndez Trigoso, W., & Rocío Nuñez Therese, P.

(2017). *"El fomento de la negociación colectiva y el Estado peruano"* [Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social].

Neves Mujica, J.

(n.d.). *Derecho Colectivo del Trabajo*.

Paredes Valdiviezo, P.

(2019). "Suspensión perfecta en el procedimiento de cese colectivo por causas económicas y la vulneración a los derechos del trabajador". Tesis para obtener el título profesional de abogada. <https://hdl.handle.net/20.500.12759/4551>

Quino Cancio, S.

(2019). El cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas en el Perú: propuestas para su viabilidad. Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social.

Toyama, J., y Merzthal, M.

(n.d.). Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza. *Themis*, (65), 86.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10851/11357>

Ulloa Millares, D.

(n.d.). El despido libre de los trabajadores de confianza a propósito de una curiosa tendencia del tribunal constitucional. *IUS ET VERITAS*, (43), 197.

Villavicencio, A.

(2012). *El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional* (Lima ed., Vol. 68). Revista Derecho PUCP.

Villavicencio, A.

(2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Programa Laboral de Desarrollo.

Villavicencio, A.

(2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Revista Derecho PUCP*, (71), 335.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

1. EXP. N° 02383-2013-PA/TC
2. EXP. N° 03501-2006-PA/TC
3. EXP. N° 0575-2011-PA/TC
4. EXP. N° 0008-2005-PI/TC
5. EXP. N° 03501-2006-PA/TC
6. EXP. N° 02318-2007-PA/TC

Jurisprudencia de la Corte Suprema:

1. Cas. Lab. 20352-2015, Lima Norte
2. Cas. Lab. 8544-2017, Lima
3. Cas. Lab. 12816-2015, Lima



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de setiembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera aprobado la sesión del Pleno del 21 de noviembre de 2017. 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 que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ángel Gilbert Aparicio Arispe contra la sentencia de fojas 399, de fecha 20 de noviembre de 2014, expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 27 de diciembre de 2013 y escrito subsanatorio de fecha 24 de enero de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Compañía Minera Antapaccay, solicita que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 2 de diciembre de 2013 y que, en consecuencia, se le reincorpore a su puesto de supervisor de taller de flota auxiliar. Sostiene que laboró para la emplazada por más de 30 años de manera ininterrumpida, pese a lo cual ha sido objeto de un despido nulo, ya que fue cesado como represalia por haberse constituido el Sindicato de Trabajadores Funcionarios de la Compañía Minera Antapaccay (Sitramina).

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

Afirma el actor que, al igual que él, otros tres miembros de la junta directiva también fueron víctimas de despido nulo y que además cuatro trabajadores afiliados al Sitramina fueron despedidos por el mismo motivo, lo que evidencia la actuación de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

emplazada de cesar a los trabajadores solo por el hecho de ejercer su derecho a la libertad sindical, reconocido en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política del Perú, así como el Decreto Supremo 010-2003-TR y en convenios internacionales.

El apoderado de la emplazada deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda. Argumenta que la controversia debe ser resuelta en la vía del proceso ordinario laboral por ser una vía igualmente satisfactoria, toda vez que el proceso abreviado es el indicado para cuestionamientos relativos a despidos en los que se alega su nulidad por actos antisindicales del empleador, el cual, a diferencia del proceso de amparo, tiene una etapa probatoria. Manifiesta que el actor no acredita haber sido objeto de un despido nulo derivado de su afiliación al Sitramina porque, en la fecha en la que se procedió a retirarle la confianza, aún no se había comunicado formalmente a la emplazada la existencia de dicho sindicato; dicha comunicación recién se produjo el 4 de diciembre de 2013, antes de esa fecha no se conocía que el actor hubiera sido afiliado al sindicato.

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

Sostiene que el demandante se desempeñaba como supervisor de taller de flota auxiliar, ocupando un cargo de confianza conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, y que el retiro de dicha confianza se efectuó conforme a ley, por lo que no se puede afirmar que haya existido un despido nulo fundado en supuestos motivos antisindicales, más aún si el recurrente no lo acredita. Refiere que, por las funciones que realizaba el actor, su cargo era de confianza, además porque tenía que implementar mejoras estratégicas y proyectos de inversión, autorizar transacciones y otros, lo que debía ser reportado al personal de dirección.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

El Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo del Cusco, con fecha 4 de julio de 2014, declaró infundada la excepción de incompetencia por razón de la materia; y con fecha 26 de setiembre de 2014 declaró fundada la demanda por estimar que el actor y otros trabajadores se encontraban protegidos por el fuero sindical desde el 25 de noviembre de 2013, fecha de la presentación de la solicitud de inscripción, por tanto, la demandada debió invocar una causa justa prevista en la ley, para despedirlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Supremo 010-2003-TR.

El *a quo* señala que no está acreditado que el actor se desempeñara como trabajador de confianza y que, además, en autos se corroboró que el actor no mantenía una relación consistente en la recíproca confianza con su empleador, por tanto, no correspondía despedirlo argumentándose el retiro de la confianza. Señala que el demandante fue víctima de un despido nulo y que corresponde ordenar su reincorporación, toda vez que se vulneraron sus derechos al trabajo y a la libertad sindical al comprobarse que su despido obedeció a la constitución del Sitramina y a su afiliación sindical.

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

El *ad quem* sostiene que no está probado que la emplazada haya conocido de la constitución del sindicato y que por ese motivo se despidiera al demandante, pues el cese del actor es anterior a su comunicación; por tanto, no es posible sostener que el despido del actor sea nulo al no existir afectación del derecho a la libertad sindical.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se ordene su reposición laboral en el cargo de supervisor de taller de flota auxiliar por haber sido víctima de un despido nulo. Alega que su despido estuvo motivado por la constitución del Sindicato de Trabajadores Funcionarios de la Compañía Minera Antapaccay, en el que además fue afiliado sindical, vulnerándose su derecho a la libertad sindical y al trabajo. Refiere que otros trabajadores (dirigentes sindicales y afiliados) también fueron despedidos por el mismo motivo, lo que evidencia, aún más, que en esos casos la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

emplazada ha actuado con manifiesta afectación de los derechos sindicales, pese a que estos se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú, en normas de derecho interno y en convenidos internacionales.

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

2. El recurrente solicita que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 2 de diciembre de 2013, pues sostiene que, si bien la demandada señala que el cese se sustenta en el retiro de la confianza, en realidad fue objeto de un despido nulo al ser despedido por constituir, conjuntamente con otros trabajadores, el Sitramina, y ser afiliado al sindicato, hecho que se encuentra acreditado dado que su despido se efectuó solo días después de la constitución e inscripción del referido sindicato. Señala que se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical, que comprende el derecho a constituir una organización sindical y ser elegido como dirigente sindical, así como también el derecho de afiliarse a un sindicato, derechos sindicales reconocidos en la Constitución Política del Perú, el Decreto Supremo 010-2003-TR y otras normas de derecho interno, así como en convenios internacionales.

Argumentos de la parte demandada

3. La emplazada manifiesta que existe una vía igualmente satisfactoria para dilucidar la controversia. Afirma que el actor era un trabajador de confianza y que no acredita el despido nulo porque en la fecha en que se le retiró la confianza la emplazada aún no era comunicada de la constitución del Sitramina, pues esta recién se realizó el 4 de diciembre de 2013, y antes de esa fecha no se conocía que el actor había sido afiliado al sindicato. Refiere que debido al cierre de la mina Tintaya y al traspaso de algunos de sus trabajadores a la mina Antapaccay se produjo una situación de excedencia del personal, por lo que entre octubre y diciembre de 2013 se efectuó el cese de 149 trabajadores, la mayoría por mutuo disenso, pero que en el caso del actor se optó por retirarle la confianza y cesarlo, ya que no aceptó de manera voluntaria el término de su vínculo contractual, correspondiéndole entonces únicamente el pago de la indemnización prevista en el artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

Análisis de la controversia

4. A fojas 36 obra la carta de despido de fecha 2 de diciembre de 2013 dirigida al actor, mediante la cual la emplazada le comunicó el término de su vínculo contractual laboral, invocando el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR y señalando que, al haber laborado en un cargo de confianza, se procedía al retiro de esta. En dicho documento se consigna que aún cuando el cese del demandante se efectuaba conforme a ley, se le pagaría sus beneficios sociales y la indemnización prevista para los casos despido arbitrario.
5. Al respecto, este Tribunal debe precisar que, si bien la emplazada aduce que el actor era un trabajador de confianza, en la sentencia emitida en el Expediente 0575-2011-PA/TC, se ha establecido que “(...) la realidad de los hechos y la naturaleza de las labores son la que determinan si un cargo es, o no, de confianza o de dirección (...)”. Por tanto, a fin de determinar si un trabajador es de confianza, se deberá analizar el presente caso en función a lo dispuesto en las sentencias emitidas en los Expedientes 03501-2006-PA/TC y 0575-2011-PA/TC.
6. Siendo así, tenemos que conforme a las funciones que debía realizar el actor en el cargo de supervisor de taller de flota auxiliar según el documento denominado “descripción del puesto”, presentado por la emplazada (folios 192 a 202), no se trataba de un trabajador de confianza, por lo que no correspondía ser cesado invocándose el retiro de la confianza depositada en un trabajador, sino por una causa justa de despido prevista en la ley.
7. Por tanto, habiéndose concluido, por la naturaleza de las funciones que realizaba el actor, que no era un trabajador de confianza, y conforme a lo expuesto en el fundamento 6 *supra*, se procederá a analizar si en el presente caso se vulneró el derecho a la libertad sindical y si el demandante fue víctima de un despido nulo como sostiene.
8. El artículo 28 de la Constitución Política del Perú establece que “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático. 1. Garantiza la libertad sindical”. En esa línea, a través de la sentencia emitida en el Expediente 0008-2005-PI/TC, este Tribunal dispuso que la libertad sindical se define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, e indica también que la libertad sindical intuito persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

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

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

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

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

(...) 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

Administración de la OIT. Quinta edición (revisada) 2006) (Subrayado agregado) (STC N.º 08330-2006-PA).

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

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

13. Así, de fojas 8 a 33 de autos se corrobora que, con fecha 23 de noviembre de 2013, se constituyó el Sindicato de Trabajadores Funcionarios de la Compañía Minera Antapaccay (Sitramina), acto en el cual también se eligió a su junta directiva, siendo el demandante afiliado al sindicato. Asimismo, con fecha 27 de ese mismo mes y año, se inscribió el referido sindicato en el Registro de Organizaciones Sindicales de la Subdirección de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Cusco (folios 34 y 35).

14. A su vez, el artículo 30 del Decreto Supremo 010-2003-TR dispone “El fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación”; y su artículo 31 establece lo siguiente:

Están amparados por el fuero sindical:

- a) Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después.
- b) Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales.

15. Por tanto, dado que el demandante fue despedido el 2 de diciembre de 2013 (folio 36), esto es, con posterioridad a la constitución y registro del Sitramina (23 y 27 de noviembre de 2013, respectivamente), y en virtud de lo establecido en los fundamentos 11 a 15 y 17 *supra*, que recogen lo relativo al reconocimiento, alcances y protección del derecho a la libertad sindical previsto en la Constitución Política del Perú, convenios internacionales, normas jurídicas de derecho interno, y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

jurisprudencia de este Tribunal, se concluye que el demandante fue objeto de un despido nulo, fundado en una conducta antisindical por parte de la emplazada, dado que se vulneró el derecho a la libertad sindical previsto en el artículo 28 de la Constitución.

16. Lo antes señalado se refuerza con la documentación que obra de fojas 38 a 49, puesto que de ella se advierte que entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre de 2013, con el mismo argumento utilizado para el presente caso, la demandada cesó también a los señores Walter Chirinos Herrera Zenón, Bautista Bolívar, Gerardo Machacca Taipe, David Antero Tito Flores, Joel Hernández Tejada y Cosme Bayona Caraza, quienes se afiliaron al Sitramina (folios 31 a 33).
17. En consecuencia, al comprobarse que el despido del demandante estuvo motivado por su afiliación a una organización sindical, es decir, por haber hecho ejercicio de su derecho a la libertad sindical, en el presente caso se ha configurado un despido nulo, por lo que corresponde la reincorporación del demandante.

Efectos de la sentencia

18. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho constitucional a la libertad sindical, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
19. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir los costos y costas procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Estando de acuerdo con el fallo adoptado por la mayoría de mis colegas, considero necesario efectuar las siguientes precisiones relativas a los alcances del precedente establecido en el Expediente 02383-2013-PA/TC aplicable al caso bajo análisis:

A mi juicio debe declararse fundada la demanda por las siguientes consideraciones:

1. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:
 - a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
 - b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
2. Al respecto, desde una perspectiva objetiva, considero que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carecer de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características que son propias del proceso de amparo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo.
3. En el caso de autos, a la fecha de interposición de la demanda (27 de diciembre de 2013), ya se encontraba vigente en el distrito judicial de Cusco la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, esto es, que el proceso laboral abreviado se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

constituiría como una vía igualmente satisfactoria para atender la pretensión de la parte demandante. Sin embargo, es necesario precisar que estos casos son susceptibles de dilucidarse a través del proceso de amparo, toda vez que debe tomarse en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia en la que se encuentra su causa; en consecuencia, no resultará igualmente satisfactorio que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda que el recurrente inicie un nuevo proceso en la vía ordinaria; ya que, ello implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos constitucionales.

4. Por otra parte, desde la perspectiva subjetiva, para el caso concreto, se debe realizar un pronunciamiento atendiendo al fondo del asunto, ya que existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho, toda vez que el actor tanto en su demanda como durante todo el desarrollo del presente proceso afirma la existencia de un despido nulo derivado de la afectación de su derecho a la libertad sindical (derecho a constituir un sindicato y a afiliarse a este).
5. En ese sentido, dado que la presente demanda tiene por objeto que cese la violación de los derechos constitucionales a la libertad sindical y al trabajo; y que, en consecuencia, se ordene la reposición del actor por haber sido víctima de un despido nulo; no puede hablarse de la existencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo y, en consecuencia, corresponde evaluar si la demandante ha sido objeto de un despido arbitrario o no.

S.


MIRANDA CANALES

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito realizar las siguientes observaciones:

1. Considero importante resaltar que el Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo. Es en ese contexto que se han dictado una serie de precedentes y criterios que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada situación.
2. La verificación de cada uno de estos elementos, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. En esa línea, no parecería conveniente, como podría entenderse de la lectura del texto presentado por el ponente, prescindir del análisis respecto a la interacción entre los diversos precedentes y criterios que guardan relación con la presente controversia.
3. Al respecto, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, desde la *perspectiva objetiva* debe atenderse a la estructura del proceso, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea). También a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).
4. Por otra parte, y desde la *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).
5. Es en este sentido que considero que debió realizarse el respectivo análisis de procedencia de la demanda, tomando en cuenta los criterios establecidos, con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

carácter de precedente, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

6. Deben entonces respetarse las pautas establecidas por este Tribunal al respecto, sin perjuicio de eventuales diferencias con las mismas. Y es que, tomando en cuenta los parámetros que deben caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no puede, por ejemplo, apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo o no aplicarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

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 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ÁNGEL GILBERT APARICIO ARISPE

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 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ANGEL GILBERT APARICIO ARISPE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

El demandante alega que su despido, ocurrido el 2 de diciembre de 2013, es nulo pues es consecuencia de su afiliación a un sindicato (cfr. fojas 36).

Sin embargo, a partir de los medios probatorios adjuntos, no es posible determinar que tal despido tenga por motivo la afiliación sindical, pues mientras el recurrente dice que la demandada tenía conocimiento de su sindicalización en la mencionada fecha (2 de diciembre de 2013), la demandada señala que recién el 2 de diciembre de 2013 el sindicato solicitó a la Autoridad de Trabajo que notifique a la demandada la inscripción sindical (lo que ocurrió el 4 diciembre de 2013), por lo que ésta no tuvo ninguna comunicación formal sobre la constitución del sindicato en la fecha de cese del demandante (cfr. fojas 86-A).

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

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

Al respecto, en la Sentencia 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

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

ML



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ANGEL GILBERT APARICIO ARISPE

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

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

Por último, debo señalar que el fundamento 6 de la ponencia afirma (a partir de la lectura del documento "descripción del puesto") que el demandante no es un trabajador de confianza, pero sin indicar las razones que le llevan a esa conclusión. En mi opinión, se estaría incurriendo aquí en una ausencia de la debida motivación, lo cual es especialmente sensible en este caso, si se tiene en cuenta que para ser miembro de un sindicato se requiere "no formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita", según el artículo 12, inciso b), del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

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

"(...) la empresa demandada me cursa carta de despido con fecha 02 de Diciembre del 2013, invocando supuesta perdida de confianza, bajo el pretexto de que el puesto que ocupó es un Puesto de Confianza, alegación burda con la que pretenden encubrir un despido nulo, pues en realidad la decisión de la demandada es un acto de represalia, un acto de discriminación antisindical, circunstancia que implica la lesión de la libertad de sindicación derecho constitucional protegido por la Constitución en su artículo 28° inciso 1 (...)." (fojas 54 y 55).

En atención a estas consideraciones, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.
2. Habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la Sentencia 02383-2013-PA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00223-2015-PA/TC

CUSCO

ANGEL GILBERT APARICIO ARISPE

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Keátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL