



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC

LIMA

DANTE PEDRO ARMANDO
ZEGARRA SALAZAR

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Dante Pedro Armando Zegarra Salazar contra la resolución de fojas 326, de fecha 16 de noviembre de 2016, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de julio de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Peruana de Servicios Editoriales SA (Editora Perú), a fin de que se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando como jefe de Diseño y Fotografía, ya que fue despedido incausadamente. Asimismo, solicita que se ordene el pago de los costos del proceso y se aplique contra el funcionario agresor lo establecido en el artículo 8 del Código Procesal Constitucional. Manifiesta que ingresó a trabajar el 7 de setiembre de 2006 con un contrato sujeto a modalidad por necesidad de mercado, el cual fue renovado de forma sucesiva y continua por más de 5 años, y que mediante Carta 131-G0000-EP-2012, de fecha 11 de junio de 2012, la emplazada le comunicó que su vínculo laboral había concluido. Agrega que el contrato sujeto a modalidad se desnaturalizó porque no se indicaban en él las causas objetivas de contratación; por tanto, que en los hechos, se configuró una relación a plazo indeterminado y solo podía ser despedido por alguna causal prevista en la ley. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo.

El apoderado de la empresa emplazada contesta la demanda señalando que el demandante ostentaba la condición de jefe de Departamento de Edición Gráfica, el cual es un cargo de confianza según su Manual de Organización y Funciones, ya que tenía acceso directo a información reservada o confidencial y que aplicaba permanentemente en sus actividades laborales, como información relacionada con el control del proceso de diseño, diagramación, fotografía, infografía, retoque digital, entre otros. Agrega que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC
LIMA
DANTE PEDRO ARMANDO
ZEGARRA SALAZAR

la demanda de reposición debe ser declarada improcedente, en razón de que a los trabajadores de confianza no les asiste este derecho, pero sí a percibir la indemnización respectiva.

El Tercer Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 10 de noviembre de 2015, declara fundada en parte la demanda por considerar que los contratos suscritos por el recurrente eran formalmente de duración determinada, pero, en aplicación del principio de primacía de la realidad, hubo una simulación contractual, por lo que dichos contratos deben ser considerados de duración indeterminada. También declara improcedente la demanda en cuanto a la aplicación del artículo 8 del Código Procesal Constitucional a la parte demandada.

La Sala superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda por considerar que la vía ordinaria laboral es una vía igualmente satisfactoria para la dilucidación de la pretensión demandada.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se ordene su reposición laboral en el cargo de jefe de Diseño y Fotografía por haber sido despedido en forma incausada, y que se ordene el pago de los costos del proceso. Agrega que los contratos temporales por necesidad de mercado, en virtud de los cuales laboró, se han desnaturalizado dando paso a una relación laboral a plazo indeterminado.

Análisis del caso concreto

- Argumento de las partes

2. El demandante alega la vulneración de su derecho al trabajo, pues el contrato sujeto a modalidad que suscribió con su empleadora se desnaturalizó por no haberse señalado las causas objetivas de contratación, por lo que, en los hechos, se configuró una relación a plazo indeterminado y, por ende, solo podía ser despedido por alguna causal prevista en la ley.
3. El apoderado de la emplazada señala que el demandante ostentaba la condición de jefe de Departamento de Edición Gráfica, el cual es un cargo de confianza según su Manual de Organización y Funciones, por lo que la pretensión de reposición planteada por el recurrente debe declararse improcedente, en razón de que a los trabajadores de confianza no les corresponde la reposición laboral, sino solamente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC
LIMA
DANTE PEDRO ARMANDO
ZEGARRA SALAZAR

percibir la indemnización respectiva.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; mientras su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
5. De acuerdo con lo previsto en el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, y tienen acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado; asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.
6. Este Tribunal, en el Expediente 03501-2006-PA/TC, ha considerado que los trabajadores que asumen un cargo de dirección o de confianza están supeditados a la confiabilidad del empleador en sus funciones. En este caso, el retiro de la confianza puede ser invocado por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.
7. Asimismo, este Tribunal ha establecido que, si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o realizan labores que impliquen tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo; de lo contrario, solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como este Tribunal ha resuelto en el Expediente 0575-2011-PA/TC, en el que se señala lo siguiente: “(...) la realidad de los hechos y la naturaleza de las labores son la que determinan si un cargo es, o no, de confianza o de dirección y no un concurso público”. Por tanto, atendiendo a los argumentos esgrimidos por las partes, y a fin de determinar si el recurrente era o no un trabajador de confianza, se deberá analizar el presente caso en función de lo dispuesto en el Expediente 03501-2006-PA/TC.
8. Con el Contrato de trabajo sujeto a modalidad (folio 8) se corrobora que el demandante ejerció el cargo de jefe del Departamento de Edición Gráfica. Por tanto, la presente controversia gira en torno a determinar cuál es la naturaleza del cargo desempeñado por el actor, pues a partir de ello se podrá llegar a la conclusión de la existencia o no de un despido arbitrario.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC
LIMA
DANTE PEDRO ARMANDO
ZEGARRA SALAZAR

9. En el presente caso, de acuerdo con el Manual de Organización y Funciones (MOF) de Editora Perú presentado por la emplazada (folios 171 y 172), el cargo de jefe del Departamento de Edición Gráfica depende directamente del director de Medios Periodísticos y ejerce autoridad sobre todo el personal de dicho departamento. Dicho puesto tiene las siguientes funciones principales:

“C. Función General. Coordinar, ejecutar y controlar el proceso de diseño, diagramación, fotografía, infografía y retoque digital, acorde con la política de informaciones para su mejor y eficiente publicación. Así como velar por la buena presentación gráfica del diario, suplementos, especiales y la Página Web de Andina y El Peruano. **D. Funciones Específicas.** 1. Mantener y supervisar la unidad gráfica del Diario Oficial El Peruano, sus suplementos, así como su página web y de la página Web de Andina. 2. Programar, supervisar y controlar las labores del Jefe de Diagramación, Editor Gráfico y Jefe de Servicio de Internet y Tecnología de la Información, en sus funciones diarias. 3. Dar los lineamientos generales y estilos para la diseño, las fotografías, ilustraciones, diagramación, infografías para el diario Oficial El Peruano, los suplementos especiales y la Agencia Andina. 4. Coordinar con el Jefe de Diagramación nuevas propuestas de rediseño para estar en constante modernización gráfica y visual en todos los productos de Diario El Peruano. 5. Coordinar con el Editor Gráfico para que se brinde el soporte fotográfico, que requiere el Diario Oficial El Peruano y la Agencia Andina. 6. Dirigir las labores de investigación y elaboración de las infografías. 7. Apoyar en los diferentes proceso y controlar el flujo y la hora de cierre de los equipos periodísticos del Diario Oficial El Peruano. (...).

Se desprende entonces que el accionante ocupaba un puesto en el cual las funciones asignadas y las responsabilidades que de aquellas se derivan son propias de un trabajador de confianza, conforme a lo señalado en la Sentencia recaída en el Expediente 03501-2006-PA/TC.

10. Si bien es cierto que el actor adjunta una copia del MOF de Editora Perú en su demanda, en el que se observa que la denominación del cargo era jefe de Diseño y Fotografía, como también aparece en el certificado de trabajo (folio 7) y el Memorandum 086-M0000-EP-2012 (folio 4), se verifica que las funciones generales y específicas ahí consignadas son similares a las previstas en la copia del MOF presentada por la emplazada, así como el ejercicio de autoridad sobre todo el personal a su cargo, de modo que con ello también se confirma que el recurrente ostentaba el cargo de confianza.

11. De otro lado, según lo dispuesto por el artículo 59 del Reglamento del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, comunicar por escrito tal calificación, consignar en el libro de planillas y en las boletas de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC
LIMA
DANTE PEDRO ARMANDO
ZEGARRA SALAZAR

pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60 del mencionado reglamento prescribe que la calificación de los puestos de confianza “es una formalidad que debe observar el empleador”; sin embargo, “su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita”, debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto.

12. Siendo así, el hecho de que la emplazada no haya calificado expresamente el cargo de “jefe del Departamento de Edición Gráfica” o de “jefe de diseño y fotografía” como uno de confianza no comporta que dicho cargo no pueda ser considerado como tal, pues ello dependerá de la naturaleza de las funciones que son propias de dicho cargo.
13. Se concluye entonces que el demandante realizaba funciones de un trabajador de confianza, debido a las funciones y las características propias del puesto, lo que ha quedado acreditado con los documentos señalados en el fundamento 10 *supra*. En consecuencia, con la expedición de la Carta 131-G0000-EP-2012, de fecha 11 de junio de 2012 (folio 3), que dio por concluida la designación del demandante en el cargo que ocupaba, no se ha vulnerado derecho constitucional alguno, razón por la cual la demanda debe desestimarse. Asimismo, se desestima la pretensión en cuanto a la aplicación del artículo 8 del Código Procesal Constitucional a la parte demandada.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos constitucionales alegados por el actor.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

Lo que certifico:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC
LIMA
DANTE PEDRO ARMANDO
ZEGARRA SALAZAR

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 la jurisprudencia aplicable al caso bajo análisis:

Sobre la aplicación del precedente Elgo Ríos

1. En el precedente Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional precisa los criterios de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.
2. Al respecto, 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.
3. Al respecto, cabe mencionar que de acuerdo a la información enviada por el el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ de 3 de setiembre de 2015, corroborada con la consulta efectuada el día 12 de junio de 2018, a la página web del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial: (https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etii_nlpt/as_mapa/), a la fecha de interposición de la presente demanda (11 de julio de 2012) aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

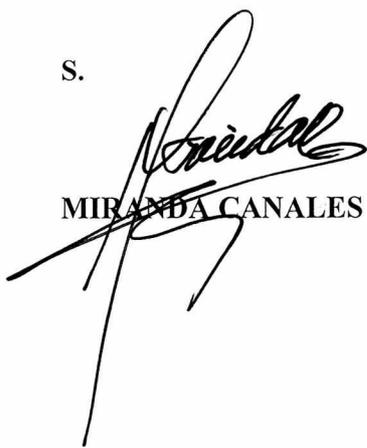


EXP. N.º 00776-2017-PA/TC
LIMA
DANTE PEDRO ARMANDO
ZEGARRA SALAZAR

Lima, por lo que en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

4. Por lo que, conforme a la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido arbitrario o no.

S.



MIRANDA CANALES

Lo que certifico:



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC

LIMA

DANTE PEDRO ARMANDO ZEGARRA
SALAZAR

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 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC

LIMA

DANTE PEDRO ARMANDO ZEGARRA
SALAZAR

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 00776-2017-PA/TC

LIMA

DANTE PEDRO ARMANDO ZEGARRA
SALAZAR

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

El artículo 27 de la Constitución dice:

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

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

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

Así, la reposición no tiene base en la Constitución ni en las obligaciones internacionales del Perú. Deriva solo de un error —de alguna manera tenemos que llamarlo— de este Tribunal, cometido al resolver el caso Sindicato Telefónica el año 2002 y reiterado lamentablemente desde entonces. La persistencia en el error no lo convierte en acierto.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC

LIMA

DANTE PEDRO ARMANDO ZEGARRA
SALAZAR

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC

LIMA

DANTE PEDRO ARMANDO ZEGARRA
SALAZAR

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC

LIMA

DANTE PEDRO ARMANDO ZEGARRA
SALAZAR

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización³.

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00776-2017-PA/TC

LIMA

DANTE PEDRO ARMANDO ZEGARRA
SALAZAR

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

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

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

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

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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