



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02872-2015-PA/TC
TUMBES
SANTOS NEPTALÍ APOLO
CARREÑO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de noviembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Santos Neptalí Apolo Carreño contra la resolución de fojas 312, de fecha 9 de diciembre de 2014, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de setiembre de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Proyecto Especial Binacional Puyango Tumbes (PEBPT), en la que solicita que se ordene su reposición laboral en el cargo de chofer o en una similar. Sostiene que laboró del 3 de febrero al 31 de agosto de 2012, bajo subordinación, con una remuneración, desarrollando una función de carácter permanente y superando el periodo de prueba. Por ello, considera que, en los hechos, se desnaturalizó dicha relación y se generó una relación laboral de naturaleza indeterminada. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura propone las excepciones de incompetencia por razón de la materia y falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda indicando que el actor debió recurrir a la vía del proceso contencioso-administrativo, por ser igualmente satisfactorio, para impugnar la supuesta vulneración de su derecho al trabajo. Agrega que el actor no laboró en forma continua y permanente, que su relación laboral terminó por vencimiento del plazo fijado en su contrato, el cual concluiría indefectiblemente sin necesidad de comunicación expresa previa del PEBPT. Asimismo, indica que no se trata de un despido arbitrario generado, sino que al ser el PEBPT un proyecto perteneciente al desaparecido Instituto Nacional de Desarrollo (Inade), entidad absorbida por el Ministerio de Agricultura, se acredita indubitadamente la existencia temporal del proyecto, por lo que es imposible la permanencia de trabajadores a plazo indeterminado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALÍ APOLO

CARREÑO

La apoderada judicial del PEBPT propone la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso, señala que el juzgado ha admitido erróneamente a trámite en vía de proceso de amparo la pretensión, pues esta debió tramitarse en la vía ordinaria laboral, conforme lo establece la jurisprudencia.

El Juzgado Mixto Permanente de Tumbes, con fecha 4 de julio de 2013, declara infundadas las excepciones propuestas deducidas por el procurador público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Agricultura; asimismo, declara improcedente la solicitud de nulidad de todo lo actuado deducida por el demandando. Con fecha 3 de junio de 2014, declara fundada la demanda por estimar que no se ha justificado la causa objetiva del contrato y que el demandante ha superado el periodo de prueba, por lo que le alcanza la protección contra el despido arbitrario, en cuyo caso este no puede ser cesado ni destituido sino por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral que lo justifique, causa que en autos no se advierte por cuanto el despido incausado ha obedecido a la mera voluntad del empleador.

La Sala superior competente revocó la apelada y declaró infundada la demanda, manifestando que está acreditado que el actor no ha continuado laborando para el PEBPT luego de concluido el periodo de prueba, por lo que no le alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación del demandante en el cargo de chofer, ya que habría sido objeto de un despido arbitrario, lesivo de su derecho constitucional al trabajo.

Análisis de la controversia

2. 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".
3. En el presente caso, la controversia radica en determinar si los contratos de locación de servicios y contratos de trabajo por incremento de actividad suscritos entre el actor y la emplazada encubrieron un contrato de trabajo a plazo indeterminado, en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALÍ APOLO
CARREÑO

cuyo caso el demandante solo podía ser despedido por causa relacionada con su conducta o capacidad laboral que lo justifique.

4. De los contratos de locación de servicios de folios 3 a 6 y los recibos por honorarios de folios 16 a 19 se puede observar que el actor prestó servicios desde el 3 de febrero al 31 de mayo de 2012. Sin embargo, no se cuenta con algún documento que demuestre que el actor estuvo sujeto a subordinación, por lo que no se puede determinar si entre las partes existía una relación laboral.
5. El artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR establece los requisitos formales de validez de los contratos modales: “Los contratos de trabajo a que se refiere este título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral”.
6. El artículo 77 del mismo decreto también establece lo siguiente: “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: (...) d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”.
7. En cuanto a los contratos de trabajo por incremento de actividades, el artículo 57 del referido decreto establece:

El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años.

Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.

8. Con los contratos de trabajo por incremento de actividad de folios 7 a 15, se aprecia que el demandante ha laborado como chofer de la Unidad de Abastecimiento y Servicios Auxiliares desde el 1 de junio al 31 de agosto de 2012.
9. En cuanto a la causa objetiva de contratación que exige el artículo 72, señalado en el fundamento 5 *supra*, para todos los contratos modales, se aprecia que los contratos de trabajo del demandante consignaron que el PEBPT tiene como función principal la ejecución de los acuerdos de la Subcomisión Peruana, así como la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALÍ APOLO
CARREÑO

formulación de estudios y ejecución de obras, por lo que requería contratar personal calificado a fin de que prestara servicios de chofer. El PEBPT declara que se incrementaron las necesidades de contar con mayor cantidad de choferes dado que se inició la elaboración de nuevos proyectos de inversión pública (“Construcción defensa ribereña margen izquierda del río Zarumilla, tramo comprendido entre Pueblo Nuevo y la Bocatoma La Palma-Zarumilla, Tumbes”, “Construcción defensa ribereña margen izquierda del río Zarumilla, tramo comprendido entre Puente Bolsico y la Bocatoma La Palma-Zarumilla, Tumbes” y “Construcción de toma directa y obras de protección, grúa puente de la sala de máquinas, Línea de Bombeo N.º 4 y equipo complementario en sistema de captación de la irrigación Puerto el Cura, Tumbes”) y se inició también la actualización de los perfiles de proyectos de inversión pública con código SNIP N.º 92610, N.º 77190, N.º 90649, N.º 90598, N.º 90491, N.º 90510, N.º 90500 y N.º 156733, lo que implica que el personal calificado del PEBPT tenía que trasladarse hacia los lugares en los que se ejecutarán dichos proyectos. Por tales consideraciones, el PEBPT declara que era de suma necesidad para sus intereses la contratación de nuevos choferes que coadyuvaran al desarrollo de las actividades programadas para la formulación de los proyectos de inversión pública ya detallados.

10. Siendo ello así, al haber justificado la emplazada la utilización de la mencionada modalidad contractual en la existencia de una causa objetiva de carácter temporal, no puede concluirse que la emplazada haya contratado al recurrente utilizando fraudulentamente dicha modalidad.

11. Por consiguiente, en el presente caso no se ha producido ninguna situación de despido, puesto que el último contrato celebrado entre las partes concluía el 31 de agosto de 2012, luego de lo cual el empleador se encontraba facultado para decidir su renovación o no, por lo que resulta aplicable en el presente caso el literal “c” del artículo 16 del citado decreto supremo, que señala que el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados es causa de extinción de la relación laboral.

12. Conforme a lo expuesto en los fundamentos anteriores, queda desvirtuado el alegato del demandante de que la empresa emplazada haya incurrido en el supuesto de desnaturalización del contrato de trabajo previsto en el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, puesto que el trabajador cesó al vencimiento del plazo previsto en su contrato de trabajo y no se ha acreditado la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en el referido decreto supremo. En consecuencia, al no acreditarse la violación de ningún derecho constitucional, la demanda debe ser desestimada.



HA RESUELTO

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

da.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

ERA Toy Espinosa Maldonado

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALÍ APOLO CARREÑO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Si bien me encuentro de acuerdo con la posición en mayoría en el sentido que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA** por no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados, emito el presente fundamento de voto a fin de precisar algunas cuestiones respecto a la procedencia de la demanda de autos.

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 en el fundamento 15, con carácter de precedente, que la 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.

Así, en mérito a la aplicación del precedente anteriormente citado, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia reiterada –en controversias similares– que el proceso laboral abreviado de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, cuenta con una estructura idónea para dispensar una tutela adecuada en casos en los que se alegue un despido.

No obstante, en el presente caso estimo que no resulta adecuado señalar que el proceso laboral abreviado mencionado se constituye en una vía igualmente satisfactoria a la del amparo en tanto que la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, entró en vigencia en el Distrito Judicial de Tumbes recién el 11 de diciembre de 2015 (R.A. 321-2015-CE-PJ), mientras que la demanda de autos fue interpuesta el 18 de setiembre de 2012. Es decir, a la fecha de la interposición de la presente demanda no existía una vía igualmente satisfactoria de conformidad con los parámetros establecidos por este Colegiado en el Expediente 02383-2012-PA/TC.

En consecuencia, considero que si bien la demanda debe ser ventilada por la vía del amparo, ésta resulta igualmente desestimatoria por los argumentos expuestos en la sentencia.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:


.....
Flavio Reategui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALÍ APOLO CARREÑO

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 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALÍ APOLO CARREÑO

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 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALÍ APOLO CARREÑO

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 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALÍ APOLO CARREÑO

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 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALI APOLO CARREÑO

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 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALI APOLO CARREÑO

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].

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALI APOLO CARREÑO

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

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. [...].

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de

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 02872-2015-PA/TC

TUMBES

SANTOS NEPTALI APOLO CARREÑO

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.