



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURÍMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Marilin Camacho Ubaqui contra la resolución de fojas 232, de fecha 13 de junio de 2016, expedida por la Sala Mixta Descentralizada Itinerante de Andahuaylas y Chincheros de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de enero de 2014, subsanado el 3 de febrero de 2014, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Pedro de Andahuaylas, a fin de que se deje sin efecto el despido arbitrario del cual ha sido objeto y que, en consecuencia, se disponga su reposición en su puesto de trabajo como personal de limpieza de la Agencia Uripa, así como el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Sostiene que ingresó a laborar el 10 de octubre de 2011, mediante contratos de locación de servicios, hasta el 29 de febrero de 2012; y a partir del 1 de marzo de 2012 suscribió un contrato de trabajo sujeto a modalidad por necesidad del mercado, el cual fue sucesivamente prorrogado hasta el 30 de diciembre de 2013, fecha en que fue despedida de manera incausada. Refiere que los contratos sujetos a modalidad por necesidad del mercado se han desnaturalizado por cuanto en ellos no se consigna la causa objetiva de contratación, es decir, no se establecen las razones por las que se incrementa su labor de servicio de limpieza, por lo que se ha configurado una relación laboral a plazo indeterminado, motivo por el cual solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo y al debido proceso.

El representante de la empresa demandada propone las excepciones de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de agotamiento de la vía administrativa y de falta de legitimidad para obrar del demandado; y contesta la demanda señalando que la demandante no fue despedida arbitrariamente, sino que su vínculo contractual se extinguió por vencimiento del plazo del contrato de trabajo que suscribió con su representada. Agrega que no existe desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad porque sí se ha cumplido con señalar la causa objetiva que determinó la contratación de la demandante, consistente en el incremento coyuntural del índice de morosidad en el pago de préstamos otorgados por su empresa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURÍMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

El Juzgado Civil de Andahuaylas, con fecha 8 de marzo de 2016, declara improcedente la demanda por considerar que en el presente caso se requiere de la actuación de medios probatorios a fin de determinar si se produjo el despido arbitrario que alega la demandante.

La Sala Superior revisora confirma la apelada por similar fundamento y agrega que en el presente caso no se acredita de manera fehaciente que existió fraude en el despido de la demandante.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa

1. Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Apurímac y, en vista de que la Nueva Ley Procesal de Trabajo (Ley 29497) no fue implementada en el referido distrito judicial a la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional de amparo es la vía idónea para resolver la controversia.

Delimitación del petitorio

2. La demandante pretende que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto y que se disponga su reposición en su puesto de trabajo como personal de limpieza de la Agencia Uripa, así como el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Refiere que el contrato de trabajo modal suscrito con la empresa demandada se ha desnaturalizado y, por ende, convertido en uno de duración indeterminada, motivo por el cual solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley. Alega que se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo y al debido proceso.

Análisis del caso en concreto

Argumentos de la parte demandante

3. La demandante afirma que los contratos sujetos a modalidad por necesidad del mercado se han desnaturalizado, por cuanto en ellos no se consigna la causa objetiva de contratación, es decir, no se establecen las razones por las que se incrementa su labor de servicio de limpieza, lo que configuró una relación laboral a plazo indeterminado. Por tal motivo, solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURÍMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

Argumentos de la parte demandada

4. La parte demandada alega que la relación laboral con la demandante se extinguió por el vencimiento del plazo de su contrato, y que no existe desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad porque sí se ha cumplido con señalar la causa objetiva que determinó la contratación de la demandante, consistente en el incremento coyuntural del índice de morosidad en el pago de préstamos otorgados por su empresa.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

5. 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”; y el artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
6. La demandante afirma haber prestado servicios para la demandada desde el 10 de octubre de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012 mediante contratos de locación de servicios, y desde 1 de marzo de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2013 mediante contratos de trabajo sujeto a modalidad por necesidad del mercado. Respecto al primer periodo, a fojas 17 y 18 obran los contratos de locación de servicios, así como copias simples de los recibos por honorarios (folios 21 a 25), los cuales no acreditan la existencia de una relación laboral de carácter subordinado. Por lo tanto, corresponde analizar el periodo del 1 de marzo de 2012 al 30 de diciembre de 2013, en el que suscribió contratos de trabajo sujetos a modalidades por necesidades del mercado (fojas 2 a 16).
7. El artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR, al establecer los requisitos formales de validez de los contratos modales, anota que estos “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”.
8. Conforme al artículo 77 del decreto precitado: “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”.
9. El artículo 58 de la citada norma legal prescribe lo siguiente:

El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURÍMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente [...]. En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal. Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

10. De lo dicho se puede concluir que el incremento de la actividad empresarial, en primer lugar, debe ser coyuntural (es decir, temporal); y, en segundo término, imprevisible. Por ello, en el contrato de trabajo por necesidades del mercado se debe especificar la causa objetiva que justifique dicha contratación temporal, así como los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y la necesidad de la empresa para contratar personal mediante dicha modalidad contractual laboral.
11. Por consiguiente, si en el contrato de trabajo por necesidades del mercado no se menciona la causa objetiva originada en una variación sustancial de la demanda del mercado, o si, al detallarse dicha causa, esta no posee un carácter coyuntural o temporal, se debe entender que dicho contrato habrá sido simulado y que, por ende, se ha desnaturalizado.

12. En el presente caso, en la cláusula primera de los contratos de trabajo por necesidades de mercado, obrantes de fojas 5 a 16, se estipula lo siguiente:

Estando a lo expuesto en la cláusula precedente, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 58 del Texto Único Ordenado del D. Leg. 728 (...) LA COOPERATIVA, requiere cubrir la necesidad de un trabajador empleado a disposición de la Gerencia General, de conformidad a las disposiciones que norman el trabajo de la actividad privada para cuyo desempeño mediante el presente contrato se toma los servicios de la Señora MARILIN CAMACHO UBAQUI.

13. Al respecto, y tal como se desprende de la simple lectura de esta cláusula, en ella no se alude a una actividad económica a la que pudiera estar orientada la contratación de la recurrente, ni a que esta tenga sustento en un hecho imprevisible o en una hipotética variación sustancial de la demanda en el mercado. Dicho con otras palabras, no se ha cumplido con consignar la causa objetiva determinante de la contratación modal, conforme lo señalan los artículos 58 y 72 del Decreto Supremo 003-97-TR.

14. En el último contrato de trabajo sujeto a modalidad por necesidades de mercado (fojas 2 a 4), la emplazada ha consignado en la cláusula primera el objeto que justificaría la contratación de la demandante, en la que se establece lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURÍMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

Estando a lo expuesto en la cláusula precedente, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 58 del Texto Único Ordenado del D. Leg. 728 [...], y existiendo una mayor demanda del mercado local de productos y servicios financieros LA COOPERATIVA necesita ampliar coyunturalmente la cantidad de su personal, para poder atender oportunamente las necesidades de sus socios o clientes por la cual requiere los servicios de un trabajador empleado, quien contribuirá en el desarrollo de los planes del Área de Limpieza desempeñándose como Personal de Limpieza de la Agencia Andahuaylas, y por el tiempo que estos estén en proceso de implementación y se logre el cumplimiento de las metas trazadas en los mismos planes, para cuyo desempeño mediante el presente contrato se toma los servicios de la Sra. MARILIN CAMACHO UBAQUI;

Sin embargo, también ha quedado demostrado que desde el inicio del vínculo laboral entre las partes (1 de mayo de 2012) se encubrió la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, por lo que el contrato celebrado con posterioridad carece de eficacia jurídica.

15. Por tanto, al no haberse especificado la causa objetiva de contratación en el contrato por necesidad de mercado, este ha sido desnaturalizado por haberse producido el supuesto previsto en el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR. Debe ser considerado, entonces, como un contrato sujeto a plazo indeterminado.
16. Siendo así, y al haberse determinado que entre las partes existía una relación laboral de naturaleza indeterminada, la demandante solo podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral. Por ello, la ruptura del vínculo laboral sustentada en el vencimiento del plazo del contrato tiene el carácter de un despido arbitrario, lesivo del derecho al trabajo, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.
17. Respecto al extremo de la pretensión que solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, este Tribunal considera dicha petición tiene naturaleza indemnizatoria y no restitutoria, por lo que corresponde desestimar dicho extremo de la pretensión y dejar expedita la vía para que el actor acuda al proceso a que hubiera lugar.

Efectos de la sentencia

18. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Pedro de Andahuaylas ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo y al debido proceso de la accionante, corresponde ordenar su reposición como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando, o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURÍMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

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 por haberse acreditado la afectación de los derechos al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, **NULO** el despido del cual ha sido objeto la demandante.
2. **ORDENAR** que la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Pedro de Andahuaylas reponga a doña Marilyn Camacho Ubaqui como trabajadora a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos procesales.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir,

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 03863-2016-PA/TC
APURIMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con estimar la demanda, discrepo del fundamento 1 de la sentencia, por las consideraciones que paso a exponer:

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sin hacer previamente el análisis de los criterios del precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso.
2. En efecto, el amparo es idóneo en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional constituye una vía célere para atender el derecho del o de la demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
3. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa. En el presente caso, la demandante viene litigando desde el 27 de enero de 2014 (4 años y 9 meses aproximadamente), por lo que, obviamente, no resulta igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenarla a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURIMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

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 03863-2016-PA/TC
APURIMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

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:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURIMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

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.

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURIMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

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].

MH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURIMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

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. [...].

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).

mmf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03863-2016-PA/TC
APURIMAC
MARILIN CAMACHO UBAQUI

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.