EXP. N.° 05852-2015-PA/TC
LIMA
CARLOS BARTRA FLORES

# SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de noviembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión del Pleno de fecha 20 de junio de 2017; el de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión del Pleno de fecha 30 de junio de 2017; y el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

## ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Carlos Bartra Flores contra la resolución de fojas 282, de fecha 15 de julio de 2015, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

## ANTECEDENTES

Con fecha 14 de agosto de 2013, el demandante interpone demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), a fin de que se deje sin efecto el despido del cual fue objeto; y que, en consecuencia, sea reincorporado en el cargo de supervisor especialista de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, que venía ocupando. Sostiene que ingresó a laborar el 19 de noviembre de 2007, pero que mediante carta notarial de fecha 9 de agosto de 2013 se le comunicó la decisión de resolver unilateralmente su vínculo laboral con la demandada, indicándose en dicha carta que se le pagarían sus beneficios sociales y la indemnización prevista en el Decreto Supremo 003-97-TR. Manifiesta que no ha cobrado la indemnización que le depositara la demandada en la cuenta bancaria personal en la que se le abonaba su remuneración mensual, toda vez que no acepta dicho pago, ya que, al no habérsele imputado falta grave alguna, se ha vulnerado su derecho al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, entre otros.

La procuradora pública de Osiptel deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda, argumentando que la extinción del vínculo laboral con el demandante se ampara en lo dispuesto en los artículos 16, 34 y 38 del Decreto Supremo 003-97-TR, razón por la que se le pagó la indemnización prevista en la ley, conjuntamente con sus beneficios sociales, montos que fueron depositados oportunamente en la cuenta sueldo del actor y que, por tanto, son de su exclusiva disposición de este. Manifiesta que, si bien el demandante aduce no haber aceptado dicho pago, tampoco procedió a devolver el monto pagado como indemnización ni a

consignarlo judicialmente.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 24 de octubre de 2014, declaró infundada la excepción propuesta; y con fecha 27 de octubre de 2014, declaró fundada la demanda por estimar que el actor laboró durante más de 5 años, y que, por tanto, se ha incurrido en el supuesto contemplado en el inciso "a" del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR. El *a quo* señala también que el depósito del monto indemnizatorio por el despido se realizó en la misma cuenta de ahorros del actor en la que se le pagaron sus beneficios sociales, contraviniendo lo establecido en el Sentencia 03052-2009-PA/TC, por lo que se ha producido un despido arbitrario que vulnera el derecho constitucional al trabajo.

La Sala revisora confirmó la Resolución 10 que declaró infundada la excepción de incompetencia por razón de la materia y, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por considerar que el pago de los conceptos de beneficios sociales e indemnización han resarcido el daño sufrido por el demandante al ser despedido de modo arbitrario al extinguirse su vínculo laboral sin expresarle una causa justa prevista en la ley. Manifiesta que no se ha acreditado en autos que el actor haya tratado de consignar a favor de la demandada el monto correspondiente a la indemnización que se le depositara, por lo que no puede concluirse con certeza que no cobró dicho monto.

En su recurso de agravio constitucional, el demandante reitera que nunca hizo cobro del monto depositado por la demandada por concepto de indemnización por despido arbitrario, tal como lo ha informado la propia entidad bancaria por requerimiento del juez de primera instancia.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición del demandante en el cargo que venía desempeñando porque habría sido objeto de un despido arbitrario. Se alega que la demandada dio por extinguida la relación laboral sin expresión de una causa justa y que por ello se ha vulnerado el derecho al trabajo del demandante. Afirma que no ha aceptado la indemnización por despido arbitrario efectuada por la emplazada, y que el dinero correspondiente a ese concepto se encuentra en la cuenta bancaria en la cual le fuera depositada.

**Análisis del caso concreto**

***Argumentos de la parte demandante***

2. El demandante afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de su derecho constitucional al trabajo, por lo que solicita que se ordene su reposición laboral. Manifiesta que no ha cobrado el monto por concepto de indemnización que fuera depositado por la demandada en la cuenta de ahorros donde percibía sus haberes, dado que dicha suma de dinero se encuentra a la fecha en la referida cuenta.

***Argumentos de la parte demandada***

3. La demandada argumenta que la extinción del vínculo laboral del actor se efectuó al amparo de los artículos 16, 34 y 38 del Decreto Supremo 003-97-TR, toda vez que se cumplió con pagarle la indemnización prevista en la ley en los casos de despido sin expresión de causa justa. Afirma que los montos correspondientes a los beneficios sociales y a la indemnización fueron depositados en la cuenta bancaria personal del actor, siendo estos de su exclusiva disponibilidad. Manifiesta que, aun cuando el demandante niega haber aceptado el pago de la indemnización, no ha devuelto el monto pagado como indemnización ni lo ha consignado judicialmente.

***Consideraciones del Tribunal Constitucional***

4. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona". El artículo 27 señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

5. De autos se desprende que el demandante mantenía una relación laboral de naturaleza indeterminada con Osiptel (fojas 3 a 6), hecho que no ha sido negado por la parte demandada. Además, se advierte que, conforme a la Carta C.704-GG-GAF/2013, de fecha 9 de agosto de 2013, la entidad demandada resolvió de manera unilateral el vínculo contractual que existía entre las partes desde el 9 de agosto de 2013, y optó por entregar al actor un monto por concepto de indemnización por despido arbitrario previsto en los artículos 34 y 38 del Decreto Supremo 003-97-TR (fojas 5).

En consecuencia, corresponde evaluar a este Tribunal si, en el caso en particular, el demandante aceptó o no el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en la ley, esto es, si operó la garantía indemnizatoria contenida en el artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR, a fin de determinar si se ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario del demandante, conforme alega en su demanda.

***Respecto al cobro de la indemnización por despido arbitrario***

6. Al respecto, en el precedente recaído en el Expediente 03052-2009-PA/TC se ha establecido lo siguiente:

> 30. [...] si un trabajador cobra su indemnización por despido arbitrario, de manera voluntaria, como protección adecuada contra el despido arbitrario, la interposición de un proceso de amparo devendrá en improcedente.
>
> 31. Este criterio resulta adecuado pues si el trabajador acepta la indemnización por despido, acepta la protección que le brinda el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sin que pueda luego pretender la vía de la reposición por ser una pretensión contradictoria. En consecuencia, el empleador pone a disposición del trabajador la indemnización por el despido, acepta la penalidad de su accionar, la que puede ser aceptada o rechazada por el propio trabajador.
>
> 36. [...] pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudos al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciados al pago de la indemnización por despido arbitrario, esto es, el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes, bajo su responsabilidad.

7. De acuerdo con la citada sentencia y con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 00833-2014-PA/TC y 00760-2013-PA/TC, no basta que el empleador haya realizado el depósito del pago de la indemnización por despido arbitrario, porque ello no significa aceptación de dicho pago, pues se requiere que el mismo sea aceptado por el afectado, pues solo en dicho caso operará la garantía indemnizatoria contenida en el artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR, por tanto, el trabajador no podrá luego pretender su reposición.

   En el caso de autos no se ha presentado tal situación, pues en autos no obra la liquidación de la indemnización, que acredite que el demandante haya suscrito dicho documento en señala de aceptación, dado que, conforme a lo emitido en la

Sentencia 03052-2009-PA/TC, se requiere una aceptación expresa del pago de la indemnización que otorga el empleador. Asimismo, en el referido precedente también se estableció como regla que el pago de los beneficios sociales adeudados al trabajador debe realizarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario; es decir, que el empleador deberá realizar dichos pago en cuentas separadas o mediante consignaciones en procesos judiciales independientes.

8. En autos se ha comprobado que la demandada efectuó el depósito de los montos correspondientes al pago de beneficios sociales y a la indemnización en una misma cuenta bancaria del actor cuenta personal de ahorro sueldo 193-16344138-0-29 del Banco de Crédito del Perú, tal como se verifica con los documentos obrantes a fojas (fojas 5, 98, 115 a 125, 137 y 138). Así tenemos que, en la Carta C.703-GG.GAF/2013 del 9 de agosto de 2013 dirigida al demandante (fojas 5), se señala:

> […] a partir del 13 de agosto de 2013 estará a su disposición en el Banco de Crédito del Perú los importes de sus beneficio9s sociales y la indemnización por despido arbitrario que le corresponde de acuerdo a Ley [...]. Los depósitos se efectuarán en su cuenta sueldo 193-16344138-0-29 del Banco de Crédito del Perú […].

9. Cabe precisar que, conforme a la información proporcionada por el demandante en su escrito presentado a este Tribunal en octubre de 2015, el monto depositado por la entidad demandada por concepto de indemnización en el año 2013, aparecía aún consignado en la cuenta bancaria personal del demandante.

10. En consecuencia, no se ha acreditado en autos que el demandante haya aceptado de manera expresa y voluntaria el pago de la indemnización por despido arbitrario, todo vez que solo en el supuesto que el actor hubiera hecho cobro de esta, generaría la terminación del vínculo laboral, por cuanto no se hubiera optado por la eficacia restitutoria, esto es, por la protección prevista a través del proceso de amparo constitucional. Por tanto, al haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, corresponde estimar la presente demanda de amparo.

**Efectos de la sentencia**

11. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la parte demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, 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.

12. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir los costos 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 en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario; en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto el demandante.

2. **ORDENAR** que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) reponga a don Carlos Bartra Flores como trabajador 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 los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

# 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. Ello máxime si en el presente caso se observa que el demandante ha sufrido un infarto

de miocardio y padece, además, de cardiopatía isquémica crónica, lo cual no hace sino demostrar la necesidad de tutela de urgencia.

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.° 05852-2015-PA/TC
LIMA
CARLOS BARTRA FLORES

## VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas magistrados, en el presente caso considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del precedente Huatuco, STC Expediente 05057-2013-PA/TC, el cual ha sido omitido en la sentencia de autos a pesar que es de cumplimiento obligatorio de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En el presente caso, el actor no ha demostrado haber ingresado por concurso público de méritos como supervisor especialista de Osiptel. Si bien se ha acreditado el vínculo laboral del demandante; no obstante, debe tenerse en cuenta lo expuesto en el precedente Huatuco (que tiene como fundamento el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público), que exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el respectivo demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y, en el caso de autos, el recurrente no ha acreditado haber ingresado mediante dicho tipo de concurso público.

Por ello, estimo que la pretensión de la parte recurrente debe ser declarada improcedente en esta sede constitucional. De otro lado, y atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con anterioridad a la publicación del precedente Huatuco en el diario oficial *El Peruano*, el 5 de junio de 2015, corresponde 1) remitir el expediente al juzgado de origen para que proceda a reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral, conforme se dispone en el fundamento 22 del precedente, para que el demandante reclame la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, vía ordinaria que proseguirá su trámite conforme a la ley procesal de la materia y donde no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad; y 2) ordenar que se verifique lo pertinente con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionada en el fundamento 20 del precedente.

En ese sentido, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda y

2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, para que proceda conforme se dispone en los fundamentos 20 y 22 del precedente Huatuco, STC Expediente 05057-2013-PA/TC.

**S.**

**LEDESMA NARVÁEZ**

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 05852-2015-PA/TC
LIMA
CARLOS BARTRA FLORES

# 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

# VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

## La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

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.

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].

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**. [...].

[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).

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

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

**Tutela constitucional ante los despidos nulos**

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

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.