



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 08184-2013-PA/TC  
CUSCO  
MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de noviembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención de la magistrada Ledesma Narváez por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública y con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa, y el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Alejandro Jara Oré contra la sentencia de fojas 532 (II tomo), de fecha 23 de octubre de 2013, expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró infundada la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 31 de enero de 2011, subsanada el 10 de febrero de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (SENCICO) Oficina Zonal Cusco, a fin de que se deje sin efecto el despido arbitrario del cual ha sido objeto. En consecuencia, se ordene su reposición laboral en el cargo que venía ocupando, más el pago de las costas y los costos procesales. Manifiesta haber realizado labores desde el 20 de setiembre de 1999 hasta diciembre de 2010, en forma continua y suscribiendo contratos de locación de servicios, siendo el último a partir del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2010, con lo cual habría superado los 3 meses de trabajo. Alega que los contratos civiles suscritos se han desnaturalizado a contratos laborales, pues en la realidad prestaba servicios personales, percibía una remuneración y se encontraba sujeto a subordinación. Refiere la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y el debido proceso.

El Procurador Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento deduce la excepción de convenio arbitral y contesta la demanda. Señala que el actor mantuvo una relación con su representada de naturaleza civil, lo cual no genera ningún derecho laboral. Agrega que los medios probatorios presentados por este de modo alguno acreditan subordinación o dependencia, elemento esencial de una relación jurídica obligacional laboral.

El Segundo Juzgado Mixto de Wanchaq – Cusco, con fecha 5 de octubre de 2011, declaró fundada la excepción propuesta por la emplazada, nulo todo lo actuado y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

concluido el proceso. Con fecha 15 de diciembre de 2011, la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, revocó la apelada y declaró infundada la excepción de convenio arbitral. Posteriormente, el Segundo Juzgado Mixto de Wanchaq, mediante resolución N° 32, de fecha 23 de julio de 2013, declaró fundada la demanda por estimar que la simulación de los contratos civiles realizado por la demandada demuestra que el recurrente no fue contratado para prestar un servicio independiente, sino para realizar un trabajo dependiente (dictado de asignaturas y jefe de laboratorio) en un centro de estudios dedicado a la formación y capacitación permanente, lo que denota que sus contratos civiles se han convertido en indeterminados, por lo que al no renovar su contrato después del 31 de diciembre de 2010, se ha producido un despido incausado.

La Sala Superior revisora revocó la apelada, y reformándola declaró infundada la demanda por considerar que no existe alguna prueba de despido, es decir, el demandante no acredita el acto lesivo de la conclusión de un contrato civil.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

El recurrente solicita que se disponga su reincorporación en el cargo que venía desempeñando, pues considera que su cese constituyó un despido incausado, que vulnera su derecho constitucional al trabajo, toda vez que al haberse desnaturalizado sus contratos civiles, se encontraba en una relación laboral a plazo indeterminado, por lo que solo podía ser cesado por causa justa fundada en su capacidad laboral o su conducta.

### Cuestiones previas

Antes de analizar el fondo de la controversia es necesario indicar que de los medios probatorios presentados por ambas partes, se evidencia que existió interrupción de labores del accionante entre los años 1999 y 2010, como locador de servicios. Así prestó servicios en los siguientes periodos: del 1 de abril al 30 de setiembre de 2001 (f. 7), del 1 de abril al 31 de diciembre de 2002 (f. 15), del 2 de mayo al 30 de junio de 2003 (f. 18), del 1 de junio al 30 de setiembre de 2003 (f. 10), del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2003 (f. 146), del 15 de marzo al 14 de julio de 2006 (f. 154), del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2006 (f. 23), del 28 de agosto al 31 de diciembre de 2006 (f. 160), del 12 de marzo al 28 de junio de 2007 (f. 30), del 15 de junio al 31 de diciembre de 2007 (f. 34), del 6 de agosto al 15 de diciembre de 2007 (f. 53), del 10 de marzo al 31 de diciembre de 2008 (f. 39), del 18 de agosto al 31 de diciembre de 2008 (f. 44), del 10 de marzo al 4 de julio de 2008 (f. 182), del 18 de noviembre al 31 de diciembre de 2008 (f. 202), del 9 de marzo al 11 de julio de 2009 (f. 210), del 3 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 08184-2013-PA/TC  
CUSCO  
MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

agosto al 11 de diciembre de 2009 (f. 234), del 15 de marzo al 16 de julio de 2010 (f. 242), y del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2010 (f. 258).

Atendiendo a lo antes expuesto, este Tribunal considera que en el caso concreto solo procederá a evaluar el periodo comprendido del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2010, servicios que prestó de forma ininterrumpida, esto es, respecto a si corresponde o no, la reincorporación laboral del demandante por haber sido separado de su cargo de manera incausada, ello en el entendido de que su contrato civil (locador de servicios) se ha desnaturalizado a uno de plazo indeterminado.

### **Sobre la afectación del derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario**

#### **Argumentos del demandante**

El actor refiere que prestó servicios desde setiembre de 1999 hasta diciembre de 2010, siendo dicha relación laboral continua y permanente, para lo cual suscribió contratos civiles, los cuales se han desnaturalizado convirtiéndose a plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley.

#### **Argumentos de la empresa demandada**

La emplazada refiere que el actor mantuvo una relación con su representada de naturaleza civil, lo cual no genera ningún derecho laboral, además porque no se ha acreditado de modo alguno que haya existido subordinación y/o dependencia.

#### **Consideraciones del Tribunal Constitucional**

1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo implica dos aspectos: por un lado, el de acceder a un puesto de trabajo, y por otro el derecho a no ser despedido sino por causa justa. El primer aspecto, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, según las posibilidades del Estado. El segundo radica en la proscripción de ser despedido, salvo que medie una motivación justificada (STC 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 12; STC 3330-2004-AA/TC, fundamento jurídico 30).
2. Respecto al derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27 de la Constitución, se debe señalar que este Tribunal, en la STC 0976-2001-AA/TC, delimitó su contenido e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. Asimismo, el Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia (por todas, la STC 05650-2009-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

PA/TC), dos tipos de protección en casos de despido arbitrario, de carácter excluyente y a elección del trabajador: a) protección de eficacia resarcitoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía ordinaria solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario; y b) protección de eficacia restitutoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía constitucional a través del proceso de amparo constitucional, siempre y cuando el despido se haya producido, entre otros supuestos, de manera **incausada**, es decir, ejecutado de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresión de causa alguna relacionada con la conducta o el desempeño laboral del trabajador que la justifique.

3. Para determinar si efectivamente existió una relación laboral entre las partes que fue encubierta con el contrato de locación de servicios (f. 3), este Tribunal debe analizar en detalle los hechos de la relación originada y mantenida entre las partes durante la vigencia de su último contrato civil por el periodo del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2010. Para establecer si una persona es o fue trabajador se debe decidir sobre la base de la realidad y no sobre la base de la forma del contrato.
4. A efectos de comprobar si existió una relación laboral entre las partes encubierta mediante una relación civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentaron, en forma alternativa y no concurrente, los siguientes rasgos de laboralidad: **a)** el control sobre la prestación de servicios o la forma en que ésta se ejecuta; **b)** la integración del demandante en la estructura organizacional de la empresa; **c)** si la prestación fue ejecutada dentro de un horario determinado; **d)** si la prestación fue de cierta duración y continuidad; **e)** el suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; **f)** el pago de remuneración al demandante; y, **g)** el reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.
5. Los documentos obrantes de fojas 55 al 61, y 288 al 295, no corresponden al tramo del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2010, sino a periodos anteriores no pudiendo ser utilizados para el análisis del presente caso.
6. De la valoración conjunta de los medios probatorios aportados al proceso, como es el contrato de locación de servicios (f. 3), este Tribunal advierte que durante el período comprendido del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2010, no existió una relación laboral, pues no se demuestra que haya habido subordinación.
7. Asimismo, debe destacarse que en autos no obra medio probatorio alguno que ponga en evidencia que sobre dicha prestación durante el periodo del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2010, la demandada haya ejercido su derecho a controlar el trabajo y el poder de dirigirla, es decir, que no existen indicios ni



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

pruebas que demuestren que, en los hechos, la emplazada se haya comportado como un empleador.

8. Consecuentemente, al no haberse acreditado en autos que el actor haya prestado servicios en forma subordinada, no se puede determinar la existencia de una relación laboral entre las partes, motivo por el cual la demanda debe ser desestimada.

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

### HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda por no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados por el recurrente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES  
BLUME FORTINI  
RAMOS NÚÑEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

### 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 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

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**

*Miguel Alejandro Jara Oré*

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

### 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 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

### 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<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>.

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).

<sup>1</sup> 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.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

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 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

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<sup>3</sup>.

### **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. [...].**

<sup>3</sup> 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 08184-2013-PA/TC

CUSCO

MIGUEL ALEJANDRO JARA ORÉ

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<sup>4</sup>.

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:**

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

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL