EXP. N.° 01274-2016-PA/TC
UCAYALI
JOSÉ FÉLIX ANICAMA PARDO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de julio de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Félix Anicama Pardo contra la sentencia de fojas 269, de fecha 30 de diciembre de 2015, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante demanda y escrito de subsanación de fechas 12 de abril y 15 de agosto de 2013, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Hospital II Red Asistencial EsSalud Ucayali solicita que se declaren inaplicables las cartas 139-DRAUC-ESSALUD-2013 y 189-D-RAUC-ESSALUD-2013, de fechas 28 de enero y 13 de febrero de 2013 respectivamente, mediante las cuales se lo despide por haber cometido una supuesta falta grave. En consecuencia, solicita que se disponga su reincorporación a su centro de trabajo, en el puesto de médico cirujano que venía desempeñando, y que se le abone el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir y el de las costas y costos del proceso.

Manifiesta que ingresó a laborar para la demandada como ganador de un proceso de selección el 20 de agosto de 2009, en el régimen laboral privado, relación que se prorrogó hasta el 31 de enero de 2011 mediante contratos de trabajo sujeto a modalidad, y desde el 1 de febrero de 2011 en virtud de un contrato a plazo indeterminado. Refiere que, mediante carta 10-JFAP-SC-HOSP II-RAUC, de fecha 24 de noviembre de 2012, recepcionada el 27 de noviembre del mismo año, solicitó a su jefe inmediato superior, el doctor Celso Julca Oyarzabal, licencia sin goce de haber (por razones estrictamente personales y familiares) por el término de 90 días, desde enero hasta marzo de 2013, no obtener respuesta el 10 de enero de 2013, mediante carta 12-JFAP-SC-HOSP II-RAUC,

dirigida al director del Hospital II Pucallpa, Red Asistencial de Ucayali, se acogió al silencio administrativo positivo.

Agrega que el 10 de enero de 2013, con carta 042-DRAUC-ESSALUD-2013, el director de la Red Asistencial EsSalud de Ucayali le comunica la improcedencia de su solicitud. No obstante ello, su pretensión se encontraba dentro de las excepciones establecidas en la Ley 29060 y, además, la citada carta no se encuentra debidamente motivada. Precisa que, si bien de forma errónea interpretó el silencio administrativo positivo, la demandada no cumplió con resolver su caso dentro del plazo de 30 días, asimismo, no siguió el procedimiento regular de despido previsto en la carta Circular 77-GCRH-OGA-ESSALUD-2007 (esto es, que su jefe inmediato solicite que se inicie un proceso de despido) y este se realizó de forma irrazonable y desproporcionada. Alega la vulneración de su derecho al trabajo y al debido proceso.

El apoderado judicial de EsSalud Ucayali contesta la demanda y sostiene que la pretensión es improcedente en aplicación de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, teniendo en cuenta que existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Asimismo, precisa que el demandante fue sancionado con el despido por la gravedad de la falta en la que incurrió.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Coronel Portillo, con fecha 19 de febrero de 2015, declaró improcedente la demanda. Estimó que el recurrente no ha demostrado *prima facie* que el despido se produjo de manera arbitraria y, por el contrario, se estaría cuestionando una causa justa de despido imputada por el empleador; por tanto, se deben actuar medios probatorios para dilucidar la presente controversia. Por esta razón corresponde que la pretensión sea vista en otra vía, adecuada y específica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

La Sala superior revisora confirmó la apelada, por considerar que del análisis de lo actuado se aprecian posiciones distintas en cuanto a la falta imputada a don José Félix Anicama Pardo, referida a la ausencia injustificada de su centro de labores. Por ende, es necesaria una mayor actividad probatoria para dilucidar adecuadamente la imputación de defensa formulada por el demandante respecto a la vulneración de su derecho constitucional. Por tanto, ante este contexto controversial y complejo, corresponde determinar la veracidad o falsedad de los hechos en otra vía procedimental.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición del demandante en el puesto de trabajo que venía desempeñando, por haber sido despedido arbitrariamente.

Cuestión previa

2. De acuerdo con la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (12 de abril de 2013) aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Ucayali, por lo que en el referido distrital judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria.

Procedencia de la demanda

3. De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido arbitrario.

Análisis de la controversia

4. De las instrumentales obrantes en autos se advierte lo siguiente:

- Con carta 10-JFAP-SC-HOSP II-RAUC, de fecha 24 de noviembre de 2012 (folio 5), el recurrente solicitó a su jefe inmediato, el doctor Celso Julca Oyarzabal, licencia sin goce de haber.
- Con carta 12-JFAP-SC-HOSP II-RAUC, de fecha 10 de enero de 2013, dirigida al director del Hospital II Pucallpa, Red Asistencial de Ucayali (folios 6, 7 y 9), el demandante, aduciendo que su licencia no fue respondida, se acogió al silencio administrativo positivo.
- Con carta 042-DRAUC-ESSALUD-2013, de fecha 10 de enero de 2013 (folios 13 y 59), expedida por el director de la Red Asistencial de Ucayali, sobre solicitud de silencio administrativo positivo, la demandada sostiene que esta deviene en insubsistente y fuera de lugar por cuanto, conforme a lo dispuesto

en la Ley 29060, Ley de Silencio Administrativo, el otorgamiento de la licencia es uno de evaluación previa, por lo que no se aplica al presente caso el silencio administrativo positivo, sino el negativo, establecido en las Leyes 27444 y 26090.

- Con carta notarial 139-DRAUC-ESSALUD-2013 (preaviso de despido), de fecha 28 de enero de 2013 (folios 15), expedida por el director de la Red Asistencial Ucayali, se le imputa al demandante haber incurrido en las faltas graves previstas en el inciso "a" del artículo 24 e inciso "h" del artículo 25 del Texto único Ordenado del Decreto Supremo 003-97-TR y se le otorga el plazo de 6 días naturales para que presente sus descargos.
- Con carta de fecha 5 de enero de 2013, recepcionada el 6 de febrero (folios 11), el recurrente presenta sus descargos.
- Con carta notarial 189-D-RAUC-ESSALUD-2013 (carta de despido), de fecha 13 de febrero de 2013 (folios 18), expedida por el director de la Red Asistencial Ucayali, se despide al demandante.

5. En el presente caso, la controversia se circunscribe en determinar si el demandante fue objeto de despido arbitrario o si, por el contrario, el recurrente dejó de asistir sin autorización a su centro de trabajo y, por tanto, no ha existido un despido arbitrario.

6. El artículo 37 del Reglamento Interno de Trabajo de la Red Asistencial Ucayali señala el trámite de las licencias:

> [...] se inicia con la presentación de la solicitud del trabajador ante el Jefe (funcionario) inmediato, el cual deberá expresar su conformidad y contar con la aprobación del superior jerárquico, para posteriormente derivarla a la Oficina de Personal de la Sede Central y la que corresponda en los órganos Desconcentrados, para la emisión de la resolución correspondiente.
>
> La sola presentación de la solicitud no da derecho al goce de la licencia. Para tener derecho a la licencia sin goce de remuneraciones o licencia a cuenta del periodo vacacional, el trabajador deberá contar con más de un año de servicios efectivos y remunerados.

7. El literal "a" del artículo 1 de la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo (derogado a la fecha por el numeral 1 de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1272), señalaba entre otros, los supuestos que están sujetos a silencio positivo:

a) Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas que requieran autorización previa del Estado, y siempre que no se encuentren contempladas en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final.

8. Con la Carta 042-DRAUC-ESSALUD-2013, sobre solicitud de silencio administrativo positivo, notificada al demandante con fecha 10 de enero de 2013 (conforme lo afirma el mismo demandante en el último párrafo de su escrito de demanda a folio 59 y se desprende del tenor de lo dispuesto en el punto 4 de la Carta de fecha 5 de enero de 2013 fojas 11), expedida por el director de la Red Asistencial Ucayali, se declaró insubsistente y fuera de lugar la solicitud de silencio administrativo positivo de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 27444 y 26090. En la citada carta se señaló que la licencia es un derecho laboral sujeto a evaluación previa, el cual fuera denegado por su jefe inmediato, no habiéndose configurado alguno de los supuestos previstos en el artículo 1 de la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo (vigente al momento de ocurrido los hechos, derogado por el numeral 1 de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1272). Por ende, no puede exigir ni invocar una autorización o aprobación tácita inexistente. Por tal razón, el 11 de enero de 2013, el actor debió retornar a su centro de trabajo. No obstante ello, abandonó su trabajo por más de tres días consecutivos.

9. Asimismo, se debe resaltar que el propio recurrente reconoce en su escrito de demanda que realizó una interpretación errónea de la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo (folio 67).

10. Se concluye, por lo tanto, que el vínculo laboral del demandante se extinguió, mas no por decisión arbitraria de su empleador, sino por haber incurrido en las faltas graves previstas en el inciso "a" del artículo 24 e inciso "h" del artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Supremo 003-97-TR, teniendo en cuenta que, al no habérsele concedido la licencia solicitada, el actor estaba en la obligación ineludible de reincorporarse a su centro de trabajo.

11. Por consiguiente, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos invocados, debe desestimarse la demanda.

EXP. N.° 01274-2016-PA/TC
UCAYALI
JOSÉ FÉLIX ANICAMA PARDO

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

PONENTE
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI POR CONSIDERAR QUE EL AMPARO ES LA VÍA IDÓNEA, TENIENDO EN CUENTA EL TIEMPO QUE VIENE LITIGANDO EL DEMANDANTE

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, discrepo y me aparto de su fundamento 2 en el que, a los efectos de determinar si existe en el caso una vía igualmente satisfactoria, en aplicación de los criterios establecidos en el precedente contenido en la STC 02383-2013-PA/TC, conocido como precedente Elgo Ríos, se señala expresamente lo siguiente:

> *"De acuerdo con la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (12 de abril de 2013), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Ucayali, por lo que en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria".*

Es decir, antes de resolver el fondo de la controversia, en tal fundamento se realiza un análisis previo relativo a verificar si a la fecha de interposición de la demanda de amparo en el caso sub *litis*, se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en el Distrito Judicial de Ucayali; y, como quiera que a esa fecha aún no se encontraba vigente tal ley en el referido distrito judicial, se concluye que el accionante no contaba con una vía igualmente satisfactoria, siendo procedente el amparo. De lo contrario, esto es, de haber estado en rigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de la presentación de la demanda, se infiere que esta hubiera sido declarada improcedente por existir una vía igualmente satisfactoria: la del proceso laboral abreviado.

A este respecto, discrepo rotundamente con que se haya efectuado el referido análisis previo. A mi juicio, carece de objeto que este se haya realizado por las consideraciones que detallo a continuación:

1. El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte 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.

2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.

3. En el presente caso, el recurrente interpuso su demanda el 12 de abril de 2013. Esto es, hace más de 5 años, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 16 de marzo de 2016 (hace dos años), por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Ucayali, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.

4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por si tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

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

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 2°, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59°; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61° 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.

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

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].

mm

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).

> 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.