



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC
LIMA ESTE
SADITH DE LA CUBA MOHANNA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Sadith de la Cuba Mohanna contra la resolución de fojas 251, de fecha 3 de junio de 2016, expedida por la Sala Civil Descentralizada Transitoria de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de marzo de 2014, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), solicitando que se deje sin efecto el despido incausado de que ha sido víctima y que, por consiguiente, se le reponga en su puesto de trabajo. Refiere que laboró en la entidad mencionada del 1 de abril de 2011 al 28 de febrero de 2014, desempeñándose como jefe de Oficina I, nivel Ejecutivo 5, de la Oficina de Aseguramiento, sucursal Apurímac, en la Subgerencia de Sucursales de Aseguramiento, en virtud de un contrato de trabajo a plazo indefinido. Señala que, si bien ocupó inicialmente un cargo de confianza, mediante Cartas 1041 y 1078-GCAS-ESSALUD-2012, del 20 de julio y 1 de agosto de 2012, se le retiró la confianza, sin perjuicio de lo cual continuó laborando en el mismo puesto, lo que determinó la configuración de una relación laboral ordinaria a plazo indeterminado; finalmente, se le notificó la Resolución de Gerencia General 231-GG-ESSALUD-2014, de fecha 20 de febrero de 2014, que determinó su cese. Por ello, que sostiene la afectación de sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.

La empresa emplazada contesta la demanda alegando que el cese de la recurrente no constituye un despido arbitrario, sino que obedeció al retiro de la confianza operado mediante Resolución de Gerencia General 231-GG-ESSALUD-2014, de fecha 20 de febrero de 2014.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC
LIMA ESTE
SADITH DE LA CUBA MOHANNA

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huaycán, con fecha 28 de septiembre de 2015, declara improcedente la demanda, por estimar que resulta aplicable el precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, toda vez que la demandante no ha acreditado haber accedido a su puesto de trabajo mediante concurso público de méritos.

La Sala superior revisora confirmó la apelada por similares fundamentos, agregando que el proceso abreviado laboral regulado por la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, constituye una vía igualmente satisfactoria para la tutela del derecho reclamado.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demandante solicita su reposición en el puesto que venía desempeñando como jefe de Oficina I, nivel ejecutivo 5, de la Oficina de Aseguramiento, sucursal Apurímac, hasta su cese, sosteniendo que ha sufrido un despido incausado.

Argumentos de la parte demandante

2. La recurrente afirma que, si bien fue designada en un cargo de confianza, siguió laborando luego de que se le retirara la confianza. Por tanto, sostiene que su vínculo laboral se desnaturalizó, configurándose una relación laboral a plazo indeterminado, por lo que no podía ser despedida sin causa justa.

Argumentos de la parte demandada

3. La parte demandada argumenta que el cese se produjo por vencimiento del plazo del último contrato y que el demandante ocupaba un cargo de confianza, por lo que no es posible reponerlo en el puesto que ocupaba.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. La Constitución reconoce en sus artículos 22 y 27 el derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, respectivamente.
5. En autos obra la Resolución de Gerencia General 526-GG-ESSALUD-2011, de fecha 29 de marzo de 2011 (folio 3), por la que se resuelve designar a la demandante en el cargo de confianza de jefe de Oficina I de la Oficina de Aseguramiento, sucursal Apurímac.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC

LIMA ESTE

SADITH DE LA CUBA MOHANNA

6. Asimismo, obra en autos el contrato personal 00016-GCGP-OGA-ESSALUD-2011 (folio 4), el cual establecía una relación laboral a plazo indeterminado. En la cláusula primera se señaló expresamente que se ocupaba un cargo de confianza. En consonancia con ello, en la cláusula tercera se fijó un periodo de prueba ampliado a seis meses y en la cláusula séptima se determinó que la entidad demandada estaba facultada para dar por terminado el vínculo laboral cuando lo estime conveniente para los intereses institucionales.
7. Asimismo, se advierte que mediante Carta 1041-GCAS-ESSALUD-2012 el gerente general de Aseguramiento comunica respecto a las “propuestas” para la jefatura de la oficina de aseguramiento de Apurímac y Tacna, a fin de que se gestione el retiro de la confianza de la actora y otro. Por otro lado, mediante Carta 1078-GCAS-ESSALUD-2012, de 1 de agosto de 2012, el gerente central de aseguramiento comunica al gerente de Administración de Personal de EsSalud que se ratificaría la acción de personal de retirar la confianza a la actora propuesta anteriormente; por otro lado, la parte demandante continuó ocupando el mismo puesto, como se advierte de la Carta 142-2012-A-MPA, de fecha 4 de diciembre de 2012 (folio 38).

En tal sentido, al haberse establecido que el cargo ocupado era uno de confianza, el haber continuado laborando en el mismo puesto no altera dicha calificación pese a las incidencias ocurridas.

8. Debe recordarse que este Tribunal se ha pronunciado sobre los trabajadores de confianza en la sentencia emitida en el Expediente 03501-2006-PA/TC, en cuyo fundamento 11 se señaló que la pérdida de confianza invocada por el empleador extingue el contrato de trabajo sin que ello vulnere ningún derecho del trabajador, salvo que hubiera accedido al puesto de confianza mediante promoción, habiendo laborado anteriormente en un puesto que no fuera de confianza.

En el fundamento 16 de dicha sentencia, este Tribunal determinó además que, si bien corresponde al empleador comunicar la calificación de trabajador de confianza, la inobservancia de ello no enerva dicha condición, de modo que la sola realización de labores que impliquen la calificación de trabajador de confianza basta para que sea considerado como tal.

9. En consecuencia, al encontrarse el empleador habilitado para cesar al demandante por pérdida de la confianza, no se advierte una vulneración a sus derechos constitucionales, por lo que debe desestimarse la presente demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC
LIMA ESTE
SADITH DE LA CUBA MOHANNA

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

Handwritten signatures of the judges and the Secretary-Relator, including a large signature that appears to read 'Joy Espinosa Saldaña'.

Lo que certifico:

Flavio Reategui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC

LIMA ESTE

SADITH DE LA CUBA MOHANNA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

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

En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que la vía ordinaria será igualmente satisfactoria a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos:

- i) Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- ii) Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada;
- iii) Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y,
- iv) Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

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

No obstante, en el presente caso estimo que no resulta adecuado señalar que el proceso laboral abreviado mencionado se constituye en una vía igualmente satisfactoria a la del amparo en tanto que la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, entró en vigencia en el Distrito Judicial de Lima Este recién el 04 de diciembre de 2015 (R.A. 320-2015-CE-PJ), mientras que la demanda de autos fue interpuesta el 21 de marzo de 2014 (fojas 40). Es decir, a la fecha de la interposición de la presente demanda no existía una vía igualmente satisfactoria de conformidad con los parámetros establecidos por este Colegiado en el Expediente 02383-2012-PA/TC.

Por lo expuesto, considero que la demanda debe ser ventilada por la vía del amparo.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC

LIMA ESTE

SADITH DE LA CUBA MOHANNA

**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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC

LIMA ESTE

SADITH DE LA CUBA MOHANNA

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.

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

Eloy Espinosa Saldaña

Lo que certifico:


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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC
LIMA ESTE
SADITH DE LA CUBA MOHANNA

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 04992-2016-PA/TC

LIMA ESTE

SADITH DE LA CUBA MOHANNA

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:


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





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC

LIMA ESTE

SADITH DE LA CUBA MOHANNA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).

¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC

LIMA ESTE

SADITH DE LA CUBA MOHANNA

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de **ordenar el pago de una indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC
LIMA ESTE
SADITH DE LA CUBA MOHANNA

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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04992-2016-PA/TC
LIMA ESTE
SADITH DE LA CUBA MOHANNA

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.