



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## Pleno. Sentencia 1034/2020

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

### RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de noviembre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 03490-2019-PA/TC.

Asimismo, el magistrado Sardón de Taboada formuló fundamento de voto.

El magistrado Ferrero Costa emitió su voto singular.

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini, emitió un voto singular y que entregará en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ  
FERRERO COSTA  
MIRANDA CANALES  
BLUME FORTINI  
RAMOS NÚÑEZ  
SARDÓN DE TABOADA  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 24 días del mes de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Blume Fortini.

### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marlon Joaquín García Salas contra la resolución de fojas 608, de fecha 31 de julio de 2019, expedida por la Sala Civil de Tarapoto de la Corte Superior de San Martín, que declaró improcedente la demanda amparo de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 19 de febrero de 2019, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo. En ella solicita que se deje sin efecto el despido incausado del cual fue objeto, con fecha 31 de enero de 2019, y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación en su puesto de trabajo como cajero en el área de tesorería y se abone el pago de los costos del proceso. Sostiene que brindó sus servicios desde el 1 de diciembre de 2008 hasta el 31 de enero de 2019, mediante contrato de locación de servicios, contratos administrativos de servicios y, finalmente, contratos sujetos a modalidad, por lo que adquirió el derecho a no ser despedido sin causa justificada.

Agrega que los contratos que suscribió tenían el objeto de encubrir un contrato a plazo indeterminado. Precisa que ha venido desempeñando labores de naturaleza habitual y permanente, con remuneración, bajo subordinación y cumpliendo un horario de trabajo en el cargo de cajero, razón por la cual se ha configurado una relación a plazo indeterminado, en aplicación de lo dispuesto en el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo.

El Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín, Sede Maynas, con fecha 1 de marzo de 2019, declaró improcedente la demanda en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. Ello por estimar que el amparo es un proceso residual en el que no existe etapa probatoria, por lo que la controversia debía ser dilucidada en otra vía.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

La Sala superior competente confirmó la apelada por considerar que el demandante no presentó documentos que acrediten haber ingresado por concurso público de méritos abierto para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, tal como lo requiere el precedente emitido en la sentencia del Expediente 05057-2013-PA/TC a efectos de que proceda la reposición de un trabajador.

### FUNDAMENTOS

#### Delimitación del petitorio

1. El recurrente alega que, al haberse dado por extinguida su relación laboral sin expresión de una causa justa, se ha configurado un despido arbitrario, lesivo de su derecho constitucional al trabajo, razón por la cual solicita que se ordene su reposición en su puesto de cajero del área de tesorería de la entidad emplazada.

#### Consideraciones previas

2. Conforme a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de fecha 3 de setiembre de 2015, corroborada con la consulta efectuada el día 10 de octubre de 2019 a la página web del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial ([https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s\\_etij\\_nlpt/as\\_mapa/](https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etij_nlpt/as_mapa/)), a la fecha de interposición de la presente demanda (19 de febrero de 2019), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de San Martín, por lo que en el referido distrito judicial no se contaba (ni aún se cuenta) con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.
3. Por ello, conforme a 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.
4. Por lo tanto, este Tribunal estima que las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar. No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, este Tribunal considera pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si la entidad demandada ha sido notificada con el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

concesorio del recurso de apelación (folios 325 y 326), lo que implica que su derecho de defensa está garantizado.

### **Reglas establecidas en el precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC**

5. En la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de junio de 2015, este Tribunal estableció en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, que, en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato de trabajo temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó a la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.

También se precisó que las demandas presentadas a partir del día siguiente de la publicación de la citada sentencia en el diario oficial *El Peruano*, cuya pretensión no cumple el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción.

Finalmente, también con carácter de precedente, se estableció la obligación de las entidades estatales de aplicar las correspondientes sanciones a los funcionarios y servidores que incumplieron las formalidades en la contratación de la parte demandante (cfr. fundamento 20 de la Sentencia 05057-2013-PA/TC).

### **Análisis de la controversia**

6. De autos se advierte que la demandante ha prestado servicios mediante locación de servicios durante el mes de diciembre de 2008 (folio 3); mediante contratos administrativos de servicios, desde el 2 de enero de 2009 hasta el 30 de junio de 2012 (folios 4 a 44); luego mediante contratos de locación de servicios del 2 de julio al 20 de setiembre de 2012, 11 de octubre al 31 de diciembre de 2012 y del 11 de enero al 31 de marzo de 2013 (folios 43 a 58); y, finalmente, con contrato de trabajo por servicio específico, desde el 2 de abril de 2013 al 31 de enero de 2019 (folios 59 a 154). Consecuentemente, este Tribunal se pronunciará solo respecto de este último periodo, en el que se acredita continuidad en la prestación de servicios, tomando en



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

consideración que los contratos administrativos de servicios (CAS) suscritos entre las partes se extinguieron al vencimiento del plazo.

7. Si bien correspondería analizar si el contrato de locación de servicios que obra a fojas 54 se desnaturalizó o no, dando paso a una relación laboral a plazo indeterminado, de las instrumentales que obran en autos no es posible acreditar la existencia de subordinación, elemento esencial para determinar la existencia de un contrato de trabajo. En ese sentido, este Tribunal procederá a la revisión del contrato de trabajo sujeto a modalidad para servicio específico que obra a fojas 59.
8. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; mientras que su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
9. El artículo 63 del Decreto Supremo 003-97-TR establece expresamente que “los contratos para obra determinada o servicio específico son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada”. Asimismo, el artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que “los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral”.
10. Mientras que el artículo 77, inciso “d”, del Decreto Supremo 003-97-TR prescribe que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se desnaturalizan cuando, entre otros supuestos, el trabajador demuestra la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en ese cuerpo legal.
11. En el folio 59 obra el contrato de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico suscrito entre las partes, con vigencia del 2 de abril hasta el 30 de junio de 2013, en cuya cláusula segunda se consigna lo siguiente:

EL EMPLEADOR es una institución descentralizada, dependiente del Gobierno Regional de San Martín, en tal condición, requiere contar con los servicios específicos de una persona natural que se encargue personalmente de cumplir con la función de cajero, por el tiempo de duración del presente contrato, teniendo en consideración para ello las restricciones y medidas de austeridad previstas en la Ley de Presupuesto para el año Fiscal 2013.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

[...]

Asimismo, en la cláusula tercera de los referidos contratos se precisa:

**TERCERA: DEL OBJETO DEL PRESENTE CONTRATO**

En armonía con lo establecido en las cláusulas anteriores y en virtud del presente instrumento, **EL EMPLEADOR** contrata los servicios personales específicos y subordinados de **EL TRABAJADOR** para que ejecute las funciones propias de **Cajero**.

12. Del examen de las cláusulas citadas debe concluirse que la parte emplazada no ha cumplido con su obligación de precisar la causa objetiva que justifique la contratación a plazo determinado del demandante, pues esta es genérica e imprecisa. Asimismo, debe resaltarse que el contrato para obra determinada o servicio específico únicamente puede ser utilizado para cubrir necesidades transitorias y no otras.
13. Por dicha razón, debe considerarse que el referido contrato de trabajo ha sido desnaturalizado por haberse producido el supuesto previsto en el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, por lo que debe ser considerado, entonces, un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Siendo así, los contratos de trabajo suscritos por las partes con posterioridad carecen de eficacia jurídica, pues mediante ellos se pretendió encubrir la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.
14. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) el aludido precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC (que se sustenta en el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público), exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y ii) en el caso de autos, conforme se desprende de la demanda y sus recaudos, el demandante no ingresó mediante dicho tipo de concurso público.
15. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que la pretensión de la parte demandante debe ser declarada improcedente en esta sede constitucional. De otro lado, y atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con posterioridad a la publicación de la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, no corresponde 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 de la precitada sentencia; mas sí ordenar que se verifique lo pertinente



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionada en el fundamento 20 del precedente establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

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

**HA RESUELTO**

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta por don Marlon Joaquín García Salas.

Publíquese y notifíquese.

SS

**LEDESMA NARVÁEZ  
MIRANDA CANALES  
RAMOS NÚÑEZ  
SARDÓN DE TABOADA  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

**PONENTE RAMOS NÚÑEZ**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia expedida en autos, discrepo de su fundamentación.

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.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

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 más de veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Tampoco cambia las cosas el pretender justificar el cumplimiento de deberes estatales establecidos en el artículo 23 de la Constitución con interpretaciones de esta naturaleza. En la perspectiva constitucional, el Estado debe fomentar el empleo productivo.

Esta obligación no se suprime en una emergencia sanitaria. Las medidas para hacerle frente a una emergencia sanitaria deben ser idóneas, razonables y proporcionales. No puede suprimirse el derecho al trabajo de las personas si no es estrictamente necesario hacerlo.

De otro lado, desde que la sentencia realiza el análisis de procedencia de la demanda en virtud del precedente Elgo Ríos (Expediente 02383-2013-PA/TC), me remito al voto singular que suscribí entonces.

**S.**

**SARDÓN DE TABOADA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

## 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

---

<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 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

(artículo 23).

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:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

[...] 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<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**

---

<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 03490-2019-PA/TC  
SAN MARTÍN  
MARLON JOAQUÍN GARCÍA SALAS

**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 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**

---

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