



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

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, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en el Pleno del día 4 de abril de 2017, y el 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 Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Fernando Núñez Manrique contra la sentencia de fojas 1783, de fecha 12 de octubre de 2015, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 19 de enero de 2015 el recurrente interpuso demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Lima Provincias, a fin de que se deje sin efecto el despido incausado del cual ha sido objeto y, en consecuencia, se disponga su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando como agente de seguridad y vigilancia del Gobierno Regional de Lima, y se le incluya como personal estable con todas las bonificaciones y asignaciones conforme a ley, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más el pago de las costas y los costos del proceso. Manifiesta haber realizado labores desde el 7 de junio de 2012 hasta el 1 de enero de 2015 sin suscribir contrato alguno, bajo la apariencia de una relación civil (locación de servicios). Refiere que, al prestar servicios de manera personal, sujeto a subordinación y percibiendo una remuneración mensual, su relación laboral era a plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedido por causa justa derivada de su conducta o capacidad laboral. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario, a la defensa y al debido proceso.

El procurador público *ad hoc* del Gobierno Regional de Lima contestó la demanda señalando que el demandante ha prestado servicios no personales según el artículo 1764 del Código Civil vigente, pues no se ha demostrado que sean de tipo continuado, por lo que, al no existir un vínculo laboral, el vínculo civil podía concluir en cualquier momento. Agrega que las plazas presupuestadas que figuran en el CAP son ocupadas por personal con contrato a plazo indeterminado que prestan servicios hace varios años y han sido asignadas por concurso público, conforme lo han establecido y lo siguen estableciendo las leyes de presupuesto de la República, y que el cargo de agente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

de seguridad y vigilancia no existe en el Gobierno Regional de Lima y menos está presupuestado. De igual manera, expresa que la persona que suscribe la constancia de trabajo presentada por el accionante es ajena a su representada, por lo que no tiene validez.

El Primer Juzgado Civil Transitorio de Huaura, con fecha 24 de junio de 2015, declaró improcedente la demanda por estimar que, conforme a lo dispuesto en el precedente emitido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, ya no resulta viable la pretensión de reposición, pues no ingresó a la Administración Pública por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y de duración indeterminada, ni tampoco resulta procedente la vía del amparo, ya que la única forma de tutela es la indemnización por despido arbitrario, conforme a la normativa laboral. Además, debe disponerse la reconducción del proceso a la vía laboral correspondiente, donde la parte demandante, de considerarlo necesario, deberá adecuar su demanda a dicha vía laboral y solicitar su indemnización por despido arbitrario.

La Sala superior confirmó la apelada por considerar que no se evidencia de los actuados que el actor haya ingresado por concurso público y que la aplicación del principio de primacía de la realidad, tratándose del sector público, no puede dar lugar a que se considere una relación laboral a plazo indeterminado, conforme a lo resuelto en el precedente establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando, porque habría sido objeto de un despido incausado, lesivo de sus derechos constitucionales.

Argumentos de la parte demandante

2. El demandante afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la defensa y al debido proceso, en atención a que, si bien estuvo sujeto a una relación civil, en los hechos prestó servicios mediante una relación laboral a plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedido por causa relacionada con su capacidad o conducta laboral.

Argumentos de la parte demandada

3. El procurador público del Gobierno Regional emplazado argumenta que el demandante ha prestado servicios no personales, pues no se ha demostrado que sean



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

de tipo continuado. Agrega que las plazas presupuestadas que figuran en el CAP son ocupadas por personal con contrato a plazo indeterminado y que el cargo de agente de seguridad y vigilancia no existe. De igual manera, expresa que la persona que suscribe la constancia de trabajo presentada por el accionante, es ajena a su representada, por lo que no tiene validez.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. 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 su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
5. En el presente caso se debe determinar si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerada un contrato de trabajo, porque, de ser así, el demandante solo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 1944-2002-AA/TC, se estableció que, mediante el referido principio, “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (fundamento 3).
6. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: **a)** control sobre la prestación o la forma en que ésta se ejecuta; **b)** integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; **c)** prestación ejecutada dentro de un horario determinado; **d)** prestación de cierta duración y continuidad; **e)** suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; **f)** pago de remuneración al demandante; y **g)** reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.
7. En el presente caso se observa que el demandante prestó servicios desde enero del 2012 hasta diciembre de 2014 como apoyo al servicio de seguridad y vigilancia en el local de la sede central del Gobierno Regional demandado (folios 113 a 144).
8. De los medios probatorios ofrecidos es posible determinar la existencia de subordinación, toda vez que el demandante se encontraba sujeto a un jefe inmediato, pues remitía informes de las labores realizadas (folios 24 y 27 a 60), recibía memos e informes, como el MEMOR 01-56-S del 14 de abril de 2013 (folio 61) y el Informe 459-2013-GRL-SGRA del 31 de octubre de 2013 (folio 26); así como se le incluye en la relación de personal de seguridad y vigilancia de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

emplazada (folios 91 a 112, y 488 a 490, 523, 535, 539, 552, 556, 564, 568, 579), el cual contiene sello del área de logística. Los reportes de ocurrencias realizados por el demandante (folios 580 a 1668), si bien figuran en copia simple, consignan el sello del supervisor de Seguridad de la entidad demandada (folios 593, 602, 605, 624, 642, 687, 702, 703, 707 y 740), y otros han sido expedidos como copia fedateada por funcionario de la institución emplazada (folios 1643, 1644 y 1647). Finalmente, de los recibos por honorarios obrantes a fojas 4 a 22, se corrobora que percibió un pago mensual por sus servicios.

9. Habiéndose determinado que la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se concluye que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias que se pretenden dar, por lo que la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.

Por ende, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, toda vez que la relación contractual que mantuvieron la parte demandante y la emplazada se ha desnaturalizado. Por esta razón, para el cese del actor debió imputarse una causa relativa a su conducta o capacidad laboral que lo justifique, otorgándole los plazos y derechos a fin de que haga valer su defensa, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Efectos de la sentencia

10. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
11. De otro lado, y de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia. Asimismo, debe denegarse el pago de costas del proceso, pues el Estado está exonerado del pago de ellas.
12. Respecto al pago de las remuneraciones devengadas, resulta pertinente reiterar que dicho extremo, por no tener naturaleza restitutoria, no resulta atendible mediante el proceso de amparo, razón por la que debe rechazarse dicho pedido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

13. Finalmente, teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, este Tribunal considera pertinente señalar que, cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto de cada una de dichas entidades, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda, porque se ha acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario; en consecuencia, declarar **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** al Gobierno Regional de Lima Provincias que reponga a don César Fernando Núñez Manrique como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.
3. **IMPROCEDENTE** la pretensión de pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el pago de las costas del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Estando de acuerdo con el fallo adoptado por la mayoría de mis colegas en los casos en materia laboral, individual privada de obreros y otros asimilables a dicho oficio, considero necesario efectuar las siguientes precisiones relativas a la sucesión de la jurisprudencia aplicable al caso bajo análisis:

Sobre la aplicación del precedente Elgo Ríos

1. En el precedente Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional precisa los criterios de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.
2. Al respecto, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:
 - a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
 - b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
3. Al respecto, considero que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, la y su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carece de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características que son propias del proceso de amparo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

4. Por último, en el mismo sentido del voto del magistrado Espinosa-Saldaña, estos trabajadores se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad e incluso pobreza, expuestos a una precariedad institucional, esto es, despidos arbitrarios; por lo que, no puede hablarse de la existencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado.

Sobre la aplicación del precedente Huatuco

5. En el precedente Huatuco (STC 05057-2013-PA), este Tribunal hizo referencia tanto a la función pública como a la carrera administrativa. Al respecto, entre otras cosas, se afirmó sobre la función pública que esta podía entenderse de forma amplia como la realización de funciones en una entidad pública, al margen del contrato laboral que vincule a la persona con el Estado. Por otro lado, se señaló que la carrera administrativa es un bien constitucionalmente protegido y que cuenta con reserva de ley para su configuración, todo ello a efectos de evitar deformar el régimen de funcionarios y servidores en la medida que se busca el ingreso en condiciones de igualdad.
6. Estando de acuerdo con lo anterior, es necesario mencionar que existe una distinción entre función pública y carrera administrativa, pues en atención a lo dispuesto en el precedente Huatuco, es claro que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando carrera administrativa, y que solo a este último grupo de personas, les corresponde aplicar las reglas del precedente mencionado, referidas al pedido de reposición.
7. Al respecto, se advierte que desde siempre – en la historia de la legislación dedicada a regular la función pública - se ha distinguido claramente a los servidores “de carrera” del resto de empleadores del Estado. Siendo que, incluso la actual Constitución de 1993, insiste en esta distinción al hacer referencia a la “carrera administrativa”, distinguiéndola de otras modalidades de función pública (artículo 40); de igual manera, la Ley de Servicio Civil utiliza el mismo sentido al establecer la existencia del “servidor civil de carrera”, distinguiéndolo de otro tipo de funcionarios del Estado.
8. Siendo que, el precedente Huatuco se sustenta indubitablemente en bienes jurídicos relacionados directamente con la idea de carrera administrativa y con una noción más bien genérica de función pública, tenemos que la regla central es la siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

“El ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos a una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada”. (fundamento jurídico 9).

Y si bien este párrafo hace mención expresa al “ingreso a la administración pública”, de modo general, dicha afirmación debe interpretarse en un sentido estricto, vinculado al inicio o la promoción de la carrera administrativa, en el contexto de lo argumentado y dispuesto en la propia sentencia, y atendiendo a los valores y principios que la sustentan.

9. Por tanto, el bien que busca proteger el precedente es el de la carrera administrativa, lo cual justifica que se haga referencia a la necesidad de todo pedido de reposición requiere que el demandante haya accedido previamente a la plaza a través de un concurso de méritos, previa evaluación, siempre y cuando exista plaza vacante, siendo nulo todo acto administrativo contrario a dicho procedimiento. Es decir, se promueve que el acceso a dicha plaza atienda a criterios meritocráticos, por lo que, no tendría sentido exigir este tipo de estándar para la reposición laboral si se trata de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones, ya que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa.

10. En ese sentido, es claro que el precedente Huatuco solo resulta aplicable cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Siendo esto especialmente relevante para el caso en concreto, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública, y otros que claramente no forman parte de ella, tal es el caso de los obreros municipales y sus asimilables, sujetos a la actividad privada, tema que será abordado en los fundamentos siguientes.

Sobre la aplicación del precedente Cruz Llamos

11. En el precedente Cruz Llamos (STC 06681-2013-PA), se determinó los alcances del precedente Huatuco, señalando que este solamente será aplicable a los casos en los que la plaza en la que laboraba la parte demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública, pues se partió del supuesto que no todas las personas que trabajan en lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

público en rigor realizan carrera administrativa ni acceden a puestos de trabajo por concurso público.

12. Por estos motivos, se precisó que, para que sean aplicables las reglas del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, es necesario que el caso en cuestión presente las siguientes características:
 - a. El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.
 - b. Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).
13. En el presente caso, la parte demandante reclama la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil, cumpliéndose así con el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta. Sin embargo, el pedido de la parte demandante es que se ordene su reposición en el puesto de agente de seguridad y vigilancia del Gobierno Regional de Lima, esto es, en un cargo en el que claramente no hay progresión en la carrera (ascenso). Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.
14. En consecuencia, resulta evidente que es aplicable al caso en concreto el precedente Cruz Llamas, corresponde conocer el fondo de la presente controversia a fin de evaluar si la parte recurrente fue objeto de un despido o no.

S.


MIRANDA CANALES

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CESAR FERNANDO NUÑEZ MANRIQUE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NUÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque, si bien comparto la decisión adoptada por la mayoría de mis colegas, considero que deben efectuarse una serie de precisiones sobre la procedencia de la demanda en el presente caso.

En la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” como 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.

En atención a los criterios jurisprudenciales establecidos, la aplicación del referido precedente responde a dos criterios, uno objetivo y otro subjetivo. En el primer caso, se debe evaluar que la estructura propia del proceso sea idónea para acoger la pretensión de la parte recurrente. En el segundo supuesto, corresponde analizar si existe un riesgo de irreparabilidad del derecho en cuestión en caso se transite por la vía ordinaria y la necesidad de tutela urgente que se deriva de la relevancia del derecho o de la gravedad del daño que podría ocurrir.

En vista de lo expuesto, considero que en el caso de los obreros municipales corresponde realizar un análisis detenido respecto al criterio subjetivo, pues encuentro que en ciertos escenarios podría encontrarse comprometida la necesidad de una tutela urgente, derivada de la condición de vulnerabilidad e incluso pobreza de los obreros municipales.

La situación de precariedad institucional y las condiciones de inestabilidad laboral que en ciertos casos afrontan los obreros municipales los coloca en una situación particularmente preocupante. Según cifras recogidas al 31 de diciembre de 2016, de los 70,461 obreros municipales a nivel nacional, 2,303 son nombrados (Decreto Legislativo 276); 1,056 son contratados (Decreto Legislativo 276); 38,307 laboran bajo el Decreto Legislativo 728; 11,630 lo hacen con contratos administrativos de servicios (CAS) y 17,165 desempeñan labores bajo la modalidad de locación de servicios [INEI. Perú: Indicadores de Gestión Municipal 2017, página 178].

Por otra parte, un factor adicional importante a tener en cuenta viene representado por las difíciles condiciones remunerativas de este grupo de trabajadores. En estos casos, por ejemplo, la necesidad de tutela urgente puede derivar de la situación de pobreza que se podría generar respecto de algunos obreros municipales que acuden al proceso constitucional del amparo alegando un presunto despido arbitrario.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CESAR FERNANDO NUÑEZ MANRIQUE

En ese sentido, debido a la condición en la que en muchos casos se encuentran estas personas es que el Estado en general —y los órganos jurisdiccionales en particular— están en la obligación de garantizarles el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo pues, como lo ha manifestado la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, el acceso a recursos judiciales de tales características es fundamental para hacer frente a las principales causas de la pobreza, la exclusión y la situación de vulnerabilidad [*Cfr.* Asamblea General. A/67/278, 2012, párrafo 5].

De igual parecer en nuestro hemisferio ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, en su reciente informe temático sobre “Pobreza y derechos humanos en las Américas”, señaló que “las personas que viven en situación de pobreza o pobreza extrema generalmente enfrentan mayores obstáculos para acceder a la justicia, así como a los medios que les permitan la gestión efectiva para denunciar y exigir el cumplimiento de sus derechos” [OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147. 2017, párrafo 504].

En consecuencia, considero que la sola situación de precariedad institucional no puede llevarnos a asumir, de manera general, la habilitación del proceso de amparo, sino que debe verificarse, en el caso a caso, la situación específica de cada persona atendiendo a un parámetro más concreto y, de esa manera, corroborar si el despido denunciado pone en evidencia la condición de vulnerabilidad que justificaría una tutela urgente a través del amparo. Al respecto, es necesario advertir que no existe una única forma de medir la situación de pobreza o la pobreza extrema y ello se debe, principalmente, a la multiplicidad de enfoques desde los cuales puede ser abordado este fenómeno social. No obstante ello, se puede apreciar que el enfoque monetario o de pobreza por ingresos es el más empleado por instituciones como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Este enfoque basa su medición en la denominada “línea de pobreza”, la cual es obtenida partiendo de una consideración dual, conformada por una línea de indigencia o pobreza extrema (componente alimentario) a la que se le suman los bienes y servicios básicos (componente no alimentario). Es importante anotar que la CIDH ha reconocido que la interpretación de los elementos que componen esta línea de pobreza y del concepto mismo de pobreza por ingresos pueden variar dependiendo de cada Estado en razón a las diferencias culturales sobre lo que se puede entender como bienestar y desarrollo [*Cfr.* OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147. 2017, párrafos 26 y 49].

Es en ese sentido que se hace propicio determinar, de acuerdo con la realidad nacional vigente, el parámetro objetivo para considerar si es que una persona se encuentra en situación de pobreza.

El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en su informe técnico sobre la “Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017” ha empleado el análisis de la línea de pobreza desagregándolo en dos componentes, a saber: a) el componente alimentario, constituido por el valor de una canasta socialmente aceptada de productos alimenticios [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017, página 33] y b) el componente no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CESAR FERNANDO NUÑEZ MANRIQUE

alimentario, constituido por el valor de la canasta de bienes y servicios que requiere una persona para satisfacer sus necesidades referidas al vestido, calzado, alquiler de vivienda, uso de combustible, muebles, enseres, cuidados de la salud, transporte, comunicaciones, esparcimiento, educación, cultura y otros [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017, página 36].

Para el primer componente, el INEI ha considerado un valor *per cápita* mensual nacional, actualizado al 2017, por cada miembro que conforma el hogar, ascendente a S/. 183. Este monto, sumado a lo que integra el componente no alimentario, establece la línea de pobreza nacional en S/. 338 mensuales por cada persona que habita un hogar [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017, páginas 33 y 36]. En virtud a estos criterios, la condición de pobreza como situación de especial vulnerabilidad se configurará cuando una persona reside en un hogar cuyo gasto *per cápita* es insuficiente para adquirir una canasta básica de alimentos y no alimentos (ambos componentes), mientras que, la condición de extrema pobreza se presentará si es que la persona integra un hogar cuyos gastos *per cápita* están por debajo del costo de la canasta básica de alimentos (solo el primer componente) [Cfr. Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017, página 41].

En consecuencia, al considerar la línea de pobreza *per cápita* nacional en S/. 338, se puede asumir como monto base la suma de S/. 1,352 si consideramos que, según la más reciente Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES 2016 realizada por INEI, una familia promedio está compuesta por 3.7 miembros, es decir, por cuatro personas si se redondea dicha cifra al número entero inmediatamente superior. Por lo tanto, cuando un obrero municipal perciba una remuneración mensual por debajo del monto anteriormente establecido, corresponderá ventilar el caso en la vía del proceso constitucional de amparo. Ello se sustenta en el criterio asumido por este Tribunal de admitir a trámite las demandas de amparo cuando se ponga de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida en un caso concreto, independientemente de si existe una vía igualmente satisfactoria [Cfr. STC 01406-2013-PA/TC, fundamento 5; 00967-2008-PA/TC, fundamento 6; 05702-2006-PA/TC, fundamento 4].

Ahora bien, para aquellos casos en los cuales los ingresos mensuales de la parte demandante sean variables, corresponderá evaluar las remuneraciones percibidas dentro de los últimos doce meses, teniendo como punto de referencia la fecha en la cual se alega que ha ocurrido el supuesto despido arbitrario, a fin de obtener un promedio de lo percibido y verificar si ello supera o no el monto previamente señalado. Esto se sustenta en el hecho mismo que la línea de pobreza es un concepto económico de naturaleza anual.

Análisis del caso concreto

En consideración a lo expuesto, si en el caso de autos se toman en cuenta los ingresos percibidos por el demandante dentro de los últimos doce meses (fojas 192 a 221) se advierte que éste percibía un monto promedio inferior al establecido como referencia en el presente voto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

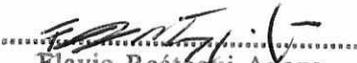
CESAR FERNANDO NUÑEZ MANRIQUE

Por tanto, atendiendo a una perspectiva subjetiva, en el presente caso se ha acreditado la necesidad de tutela urgente como consecuencia de la situación económica en que se encuentra el demandante, de manera que queda habilitada la vía constitucional para emitir un pronunciamiento de fondo, al no existir una vía idónea alternativa al amparo.

Respecto al tema de fondo, coincido en que al haberse acreditado que se desnaturalizó el contrato de trabajo de la parte demandante corresponde ordenar su reposición [fundamentos 7 a 10 de la STC 0949-2016-PA/TC].

S.
RAMOS NUÑEZ

Lo que certifico:


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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CESAR FERNANDO NUÑEZ MANRIQUE

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 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CESAR FERNANDO NUÑEZ MANRIQUE

6. Deben entonces respetarse las pautas establecidas por este Tribunal al respecto, sin perjuicio de eventuales diferencias con las mismas. Y es que, tomando en cuenta los parámetros que deben caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no puede, por ejemplo, apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo o no aplicarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

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 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

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 DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso, considero que el recurso de agravio constitucional debe declararse **IMPROCEDENTE**, por las siguientes razones:

1. El recurrente solicita que se deje sin efecto el despido incausado del cual ha sido objeto y que, por consiguiente, se le reincorpore en el cargo de agente de seguridad y vigilancia del Gobierno Regional de Lima Provincias, se le incluya como personal estable con todas las bonificaciones y asignaciones conforme a ley, y se le pague las remuneraciones dejadas de percibir, así como las costas y costos del proceso. Señala que realizó labores desde el 7 de junio de 2012 hasta el 1 de enero de 2015 sin suscribir contrato alguno, bajo la apariencia de una relación civil (contrato de locación de servicios). No obstante, con fecha 1 de enero del 2015, el supervisor de Seguridad de la empresa de vigilancia le comunicó en forma verbal que no tenía acceso al local, realizando la constatación policial correspondiente. Agrega que sus contratos se desnaturalizaron porque prestó sus servicios de manera personal, sujeto a subordinación y percibiendo una remuneración mensual. Alega la vulneración de su derecho al trabajo, protección adecuada contra el despido arbitrario, a la defensa y al debido proceso.
2. Empero, de los documentos obrantes en autos no es posible establecer la existencia de vínculo laboral entre el actor y la demandada, esto es, si reunía los elementos propios de un contrato de trabajo como son, la prestación de servicios en forma personal, bajo subordinación, con un horario y una remuneración fija y continua.
3. En efecto, de los documentos obrantes en autos, en primer lugar no fluye la sujeción del actor hubiere tenido una remuneración fija y continua, sino montos variables según es de verse de las ordenes de servicio y comprobantes de pago que obran en autos; en efecto, en determinados periodos recibió S/. 1360.00 (fs. 163, 165), en otros percibió S/. 1,400.00 (fs. 167, 169, 171, 175, 179, 187), incluso S/. 1,200.00 (fs. 203, 205, 207, 209, 211, 215, 217), S/. 1,500.00 (fs. 248), S/. 1,170.00 (fs. 238), S/. 1,575.00 (fs. 247).
4. Cabe señalar que la constancia de trabajo (a fojas 23), de fecha diciembre de 2014, suscrita por el MY (R) PNP JORGE ALBERTO CHAVEZ QUEZADA, como supervisor de seguridad, no genera convicción respecto a la existencia del vínculo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00949-2016-PA/TC
HUAURA
CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

laboral, pues no consta de autos que su emitente se encuentre premunido de facultades para hacerlo en representación del Gobierno Regional de Lima.

5. Finalmente, los informes obrantes a folios 24 y del 27 a 60, así como las copias simples de los reportes de ocurrencias presentados por el demandante (folios 580 a 1668), también resultan insuficientes por sí mismos para acreditar la existencia de subordinación, no sólo por ser documentos generados por el propio recurrente, sino también porque los reportes de ocurrencias, son copias simples de manuscritos que no tienen el visto bueno o la visación de la entidad demandada para considerarlos como documentos oficiales.
6. Lo expuesto permite concluir que para establecer si el recurrente estuvo vinculado con la demandada mediante contrato laboral a plazo indeterminado, es menester la actuación de medios probatorios adicionales pues los obrantes en autos son insuficientes, siendo de aplicación al caso el artículo 9 del Código Procesal Constitucional.

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.


LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

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 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

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 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

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. [...].

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 00949-2016-PA/TC

HUAURA

CÉSAR FERNANDO NÚÑEZ MANRIQUE

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 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.