



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez. Se deja constancia que los magistrados Ramos Núñez y Sardón de Taboada votarán en fecha posterior.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Milton Benjamín Bozzo Gamero contra la resolución de fojas 99, de fecha 22 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 6 de febrero de 2017, el recurrente interpone demanda de amparo contra el presidente de la República, el ministro del Interior y el director general de la Policía Nacional del Perú, solicitando que se declare inaplicable la Resolución Ministerial 1307-2016-IN, de fecha 21 de noviembre de 2016, mediante la cual se dispone pasarlo de la condición de comandante de armas de la Policía Nacional del Perú (PNP) en actividad a la de retiro por la causal de renovación de cuadros de manera excepcional; y que, por consiguiente, se disponga su reincorporación a la situación de actividad.

Precisa que su reincorporación a la situación de actividad debe realizarse en el grado de general, con el reconocimiento de antigüedad, remuneraciones, designación de mando, y demás prerrogativas desde el 1 de enero de 2011, para cuyo efecto se deberá ordenar a la Dirección General de la PNP que proyecte una resolución ministerial ascendiéndolo del grado de comandante al grado de coronel, con fecha 1 de enero de 2011, y una resolución suprema mediante la cual se lo ascienda del grado de coronel al grado de general, con la misma fecha, debiéndose ordenar al presidente de la República que refrende esta última resolución.

Manifiesta que en los años 2003 y 2005 participó en dos acciones armadas contra organizaciones criminales, cuando comandaba la Comisaría PNP de Lucanas, ubicada en Puquio, Ayacucho, motivo por el cual solicitó en reiteradas oportunidades a su comando superior que se le otorgaran ascensos excepcionales por acción distinguida; sin embargo, a diferencia de pedidos realizados por otros oficiales en similar situación a la suya —a quienes se les otorgó el ascenso por acción distinguida—, no se le concedió el ascenso reclamado y, al contrario, en represalia y de forma arbitraria, fue pasado a la situación de retiro por la causal de renovación de manera excepcional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

Afirma que la mencionada resolución carece de una debida motivación, por lo que afecta sus derechos constitucionales al debido proceso, al trabajo, a la dignidad y a la igualdad ante la ley.

El Segundo Juzgado Civil de Ica, con fecha 8 de febrero de 2017, declaró improcedente la demanda por considerar que corresponde plantear la pretensión del recurrente en la vía del proceso contencioso administrativo, la cual constituye una vía idónea e igualmente satisfactoria a la del amparo, conforme al precedente establecido por este Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC.

La Sala Superior competente confirmó la apelada por similar argumento, precisando que las pretensiones del accionante deben ser dilucidadas a través del proceso contencioso administrativo laboral, conforme al inciso 4 del artículo 2 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. Mediante la demanda de amparo de autos, el recurrente persigue la inaplicación de la Resolución Ministerial 1307-2016-IN, de fecha 21 de noviembre de 2016, mediante la cual se dispone pasarlo de la condición de actividad como comandante de armas a la de retiro por la causal de renovación de cuadros de manera excepcional; y que, por consiguiente, se disponga su reincorporación a la situación de actividad. También el accionante pretende ser repuesto en el grado de general, pues considera que debe ser dos veces ascendido por acción distinguida, del grado de comandante a coronel y de este último a general.

### Procedencia de la demanda

2. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, conviene examinar el rechazo *in limine* dictado por las instancias judiciales precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, argumentándose que debe recurrirse a la vía del proceso contencioso administrativo laboral, la cual constituye una vía igualmente satisfactoria.
3. De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a la actuación de la Administración al disponer el pase a retiro por la causal de renovación de personal de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas, corresponde evaluar si los derechos constitucionales del recurrente, invocados en la demanda, han sido vulnerados.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

4. En tal sentido, 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 y ordenarse que se admita a trámite la demanda. 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 es factible emitir en autos un pronunciamiento de fondo, más aún si las entidades demandadas han sido notificadas con el concesorio del recurso de apelación (folio 89, vuelta), lo que implica que su derecho de defensa está garantizado, por lo que en el presente caso se procederá a evaluar la alegada amenaza de vulneración de los derechos constitucionales invocados por el accionante.

#### Análisis de la controversia

5. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia, el pase a retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, específicamente de los oficiales superiores de la Policía Nacional del Perú, es una facultad discrecional del presidente de la República, conforme lo disponen los artículos 167 y 168 de la Constitución, concordantes con los artículos 82, 83, 86 y 87 del Decreto Legislativo 1149, Ley de la Carrera y Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú.

6. Sin embargo, y como ha sido establecido por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 00090-2004-AA/TC (fundamento 5), todas las resoluciones y las sentencias emitidas con posterioridad a ella, respecto al pase de personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú de la situación de actividad a la de retiro por causal de renovación, deberán sujetarse a los criterios allí establecidos, debido a que dichas resoluciones no pueden quedar exentas del control constitucional realizado por este Colegiado.

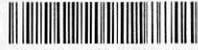
7. Al respecto, el fundamento 18 del precedente constitucional citado dispone lo siguiente:

Queda claro, entonces, que las resoluciones mediante las cuales se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros a los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional deben fundamentarse debidamente, con argumentos de derecho y de hecho. Tales decisiones deben sustentarse en procedimientos e indicadores objetivos, como por ejemplo, el número de vacantes consideradas en el proceso anual de ascenso y los resultados del mismo, que implica que las invitaciones para pase a retiro por renovación deben darse después de conocer dichos resultados; los respectivos planes anuales de asignación de personal; la relación de oficiales que indefectiblemente han de pasar a retiro por alguna de las causales contempladas en el artículo 55.º del Decreto Legislativo N.º 752 y el artículo 50.º del Decreto Legislativo N.º 745; determinación de un mínimo de años de servicios prestados a la institución y de permanencia en el grado; así como por el estudio detallado del historial de servicios del Oficial.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

8. Asimismo, en el fundamento 34 de la citada sentencia este Tribunal Constitucional reitera que “un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión”. De modo que motivar una decisión no significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión tomada. Estas, a su vez, deben ser acordes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
9. De ahí que en el presente caso corresponda efectuar el análisis de la Resolución Ministerial 1307-2016-IN, a la luz de los parámetros establecidos en la referida sentencia. Así, en la parte considerativa de la cuestionada resolución se expone:

[...]

Que, el Decreto Legislativo N.º 1149, Ley de la Carrera y Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú y sus modificatorias por el Decreto Legislativo N.º 1230 y Decreto Legislativo N.º 1242, precisa en el artículo 87º numeral 2) que la Renovación de Cuadros de manera excepcional es promovida por el Comando Institucional de la Policía Nacional del Perú, en consideración a las necesidades de la Institución y en base a los criterios de oportunidad y utilidad pública, la que puede ser ejecutada en cualquier momento, indistintamente y una vez al año respecto de cada grado; no siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 86º y 88º de la citada ley;

[...]

Que, el proceso de modernización y fortalecimiento institucional, exige el establecimiento de un nuevo modelo de desarrollo organizacional y de gestión estratégica operativa y administrativa, con asignación de responsabilidades, tendiente a revalorizar la función policial, en base a criterios de calidad, integridad y excelencia, con el fin de garantizar el cumplimiento de la finalidad fundamental, misión y objetivos institucionales al servicio de la sociedad, lo que amerita para dicho efecto, realizar un racional reajuste del número actual de Comandantes de Armas, de conformidad a lo establecido en el Cuadro de Organización de la Policía Nacional del Perú y Cuadro de Personal de Oficiales de Armas de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Resoluciones Directorales N.º 1180 y 1181-2016-DIRGEN/EMG-PNP, respectivamente, para hacer más eficiente y eficaz el accionar policial, en sus diversas funciones.

Que, el Consejo de Calificación, como órgano colegiado, en cumplimiento de sus funciones y en el marco del principio de legalidad, procedió a realizar el estudio y análisis objetivo e imparcial de las cualidades profesionales del Comandante de Armas de la Policía Nacional del Perú Milton Benjamín BOZZO GAMERO, en función a su aptitud para el servicio policial, pertenencia institucional, proyección institucional, trayectoria profesional, desempeño policial, formación profesional y a las necesidades institucionales, emitiendo su pronunciamiento;

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

Que, mediante Acta de Evaluación Individual, el Consejo de Calificación, teniendo en consideración el resultado de la evaluación efectuada, en el marco de sus competencias y funciones, propone pasar a la Situación Policial de Retiro por Renovación de Cuadros de manera excepcional, al Comandante de Armas de la Policía Nacional del Perú Milton Benjamín BOZZO GAMERO;

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 64º numeral 2) del Decreto Legislativo N.º 1149, Ley de la Carrera y Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 016-2013-IN, modificado por Decreto Supremo N.º 018-2013-IN [...].

10. De lo expresado, se aprecia que en la cuestionada Resolución Ministerial 1307-2016-IN solo se hace una mención genérica de diversos artículos del Decreto Legislativo 1149 y del Decreto Supremo 016-2013-IN, sin motivar suficientemente las razones que sustentan el pase al retiro del recurrente de manera excepcional. Y es que en dicha resolución se citan únicamente las precitadas disposiciones legales y se hace referencia al Acta de Evaluación Individual, y se señala que el pase a retiro del accionante se da de manera excepcional, al amparo del artículo 87 del aludido decreto legislativo, sin exponer relación directa alguna entre las normas citadas en la resolución impugnada y los hechos, las razones de interés público u otro que sustentarían la medida adoptada de separar al demandante de la Policía Nacional del Perú, más aún si se tiene en consideración que habría sido evaluado junto con otros oficiales superiores, vulnerando con ello el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas.
11. Dado que en el caso se está ante la emisión de un acto de la Administración que carece de razonabilidad y proporcionalidad, en el que no se ha acreditado una justificación objetiva del pase a retiro del recurrente, este Tribunal concluye que resulta arbitraria en su contenido la Resolución Ministerial 1307-2016-IN, de acuerdo con los fundamentos 37 a 39 de la sentencia recaída en el Expediente 00090-2004-AA/TC, vulnerando con ello el derecho al trabajo del actor.
12. Respecto a la vulneración del derecho a la igualdad, debe recordarse que este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2, numeral 2, y en el artículo 26, numeral 1, de la Carta Fundamental, dispositivos respecto a los cuales este Tribunal ha esgrimido una posición determinante, de acuerdo con las tantas veces mencionada Sentencia 00090-2004-PA/TC, sosteniendo que existe vulneración cuando hay un trato diferenciado que se impone sin motivación suficiente a través de las resoluciones que dispongan el pase a retiro, por cuanto impiden saber si existe una diferenciación razonable frente a otros que también poseen este derecho; lo cual ocurre en el presente caso, al haberse verificado la inexistencia de una motivación debida por parte de la Administración y la afectación del principio de razonabilidad sin expresar las condiciones objetivas que llevaron al Consejo de Calificación a diferenciar al recurrente de los demás oficiales sujetos a evaluación.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

13. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que se ha ejercido una potestad discrecional que incurre en arbitrariedad, dado que no existe una debida motivación en la resolución impugnada. Por tanto, corresponde estimar la demanda en el extremo referido a la inaplicación de la Resolución Ministerial 1307-2016-IN, al haberse acreditado la violación del derecho a la motivación de las resoluciones en sede administrativa como componente del derecho al debido proceso, así como de los derechos al trabajo y a la igualdad del demandante.

#### Efectos de la sentencia

14. En consecuencia, estando a lo antes expuesto en el fundamento 12, *supra*, corresponde ordenar la reincorporación del demandante en el grado que ostentaba al momento de ser pasado a la situación de retiro; esto es, en el grado de comandante de armas.
15. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, el Ministerio del Interior debe asumir los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.
16. Por otro lado, atendiendo a la naturaleza restitutoria del proceso de amparo, las pretensiones referidas a los ascensos por acción distinguida del recurrente a los grados de coronel y general, y al reconocimiento de los derechos y beneficios inherentes al cargo, deben declararse improcedentes, pues esta no es la vía para hacerlas efectivas.

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

#### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, al haberse acreditado la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del demandante; en consecuencia, **INAPLICABLE** para el demandante la Resolución Ministerial 1307-2016-IN, de fecha 21 de noviembre de 2016.
2. **ORDENAR** al Ministerio del Interior que disponga la reincorporación del demandante a la situación de actividad en el grado de Comandante de Armas, en el plazo máximo 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 del proceso.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

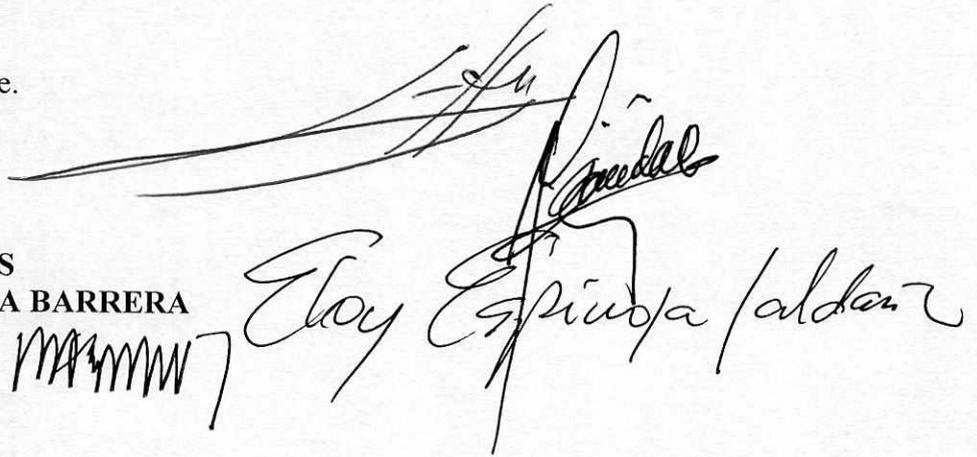
MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

- 3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los extremos referidos a los ascensos por acción distinguida y al reconocimiento de antigüedad, remuneraciones y otros derechos y beneficios inherentes al cargo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI  
 MIRANDA CANALES  
 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA  
 FERRERO COSTA



Handwritten signatures of Blume Fortini, Miranda Canales, Espinosa-Saldaña Barrera, Ferrero Costa, and Flavio Reategui Apaza.

**PONENTE FERRERO COSTA**

**Lo que certifico:**

  
 Flavio Reategui Apaza  
 Secretario Relator  
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Estoy de acuerdo con el sentido de lo resuelto en la presente resolución. Sin embargo, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. En el fundamento 12 del proyecto encuentro presente una confusión de carácter conceptual, que se repite asimismo en otras resoluciones del Tribunal Constitucional, la cual consiste en utilizar las expresiones “afectación”, “intervención” o similares, para hacer a referencia ciertos modos de injerencia en el contenido de derechos o de bienes constitucionalmente protegidos, como sinónimas de “lesión” o “vulneración”.
2. En rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a “intervenciones” o “afectaciones” iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia o injerencia en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción como una omisión, podría tener o no una connotación negativa, y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados *prima facie*, es decir antes de analizar su legitimidad constitucional, como formas de afectación o de intervención iusfundamental.
3. Por otra parte, se alude a supuestos de “vulneración” o “lesión” al contenido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o afectaciones iusfundamentales negativas, directas, concretas y sin una justificación razonable. Por cierto, calificar a tales afectaciones como negativas e injustificadas, a la luz de su incidencia en el ejercicio del derecho o los derechos alegados, presupone la realización de un análisis sustantivo o de mérito sobre la legitimidad de la interferencia en el derecho.
4. Finalmente, resulta preciso indicar que no se explica con claridad qué se está entendiendo por razonabilidad y qué por proporcionalidad, conceptos que son presentados como diferentes entre sí.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMIN BOZZO GAMERO

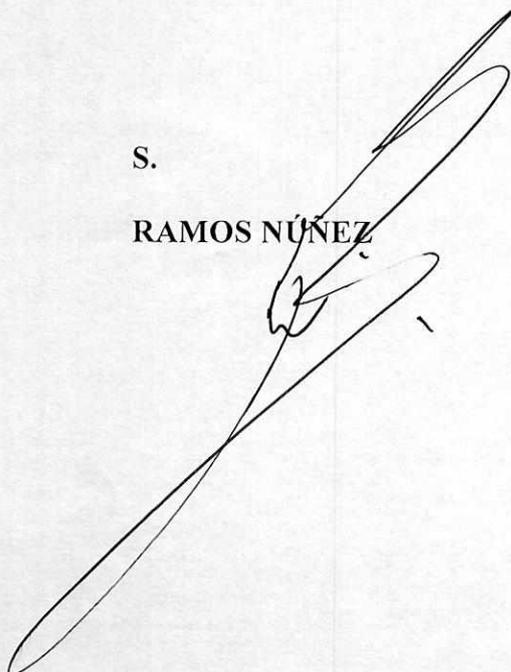
Lima, 4 de junio de 2019

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ**

Emito el presente voto porque considero, por las razones expuestas por la magistrada Ledesma Narváez, que la demanda debe ser declarada como **IMPROCEDENTE**.

S.

**RAMOS NÚÑEZ**



**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso, estimo que la demanda de amparo debe declararse **IMPROCEDENTE**, ya que, al momento de interponer la demanda, el recurrente contaba con una vía igualmente satisfactoria donde tramitar su pretensión. Mis razones son las siguientes:

1. En mi opinión, la controversia de autos corresponde que sea dilucidada a través del proceso contencioso-administrativo, al ser dicho proceso una vía igualmente satisfactoria, de conformidad con el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.
2. Al respecto, se tiene que el inciso 6) del artículo 4 del T.U.O. de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo 013-2008-JUS, dispone que son impugnables en el proceso contencioso-administrativo “Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública”.
3. En dicha vía procesal pueden tramitarse las pretensiones vinculadas a conflictos jurídicos individuales del personal de la legislación laboral pública, como son los cuestionamientos relativos a nombramientos, adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, ascensos, promociones, procesos administrativos disciplinarios, **reincorporaciones**, rehabilitaciones, entre otros; salvo en aquellos supuestos en que se alegue la violación o amenaza de violación de los derechos laborales colectivos o se haya sido objeto de un cese discriminatorio.
4. Por tanto, atendiendo al precedente recaído en la STC Exp. 02383-2013-PA/TC, estimo que el proceso especial, previsto en el T.U.O. de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, cuenta con una estructura idónea para acoger las pretensiones de dicho personal. En otras palabras, el proceso contencioso-administrativo constituye una vía célere y eficaz respecto del amparo, donde puede ser ventilada las controversias sobre reincorporaciones del personal de la carrera administrativa; además, dicha vía ordinaria deja abierta la posibilidad de hacer uso, al igual que en el amparo, de las medidas cautelares pertinentes orientadas a suspender los efectos de la decisión administrativa que se considere arbitraria.
5. Además, así es como ya viene resolviendo, en reiterada jurisprudencia, este Tribunal Constitucional, y este Pleno de magistrados inclusive, declarando improcedente las demandas de amparo en aplicación del inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, en vista que el proceso contencioso-administrativo constituye la vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para cuestionar los ceses del personal perteneciente al régimen laboral público (véase las sentencias



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

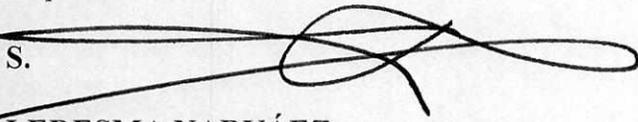
MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

emitidas en los Expediente 02015-2017-PA/TC, 01822-2017- PA/TC, 00843-2017-PA/TC, 05463-2016-PA/TC, 05105-2016-PA/TC, 02423-2016-PA/TC, 2422-2016-PA/TC, 05158-2015-PA/TC, 01440-2015-PA/TC, 00661-2015-PA/TC, 00260-2015-PA/TC, 00210-2014-PA/TC, 05972-2013-PA/TC, 02902-2012-PA/TC, entre otros).

6. En tal sentido, dado que, en el presente caso, el demandante pertenece al régimen laboral público, pues se ha desempeñado como Comandante de Armas de la Policía Nacional del Perú, la pretensión de que se declare nulo su pase al retiro por renovación de cuadros debe ser tramitada en la vía del contencioso-administrativo.
7. En consecuencia, de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, la demanda debe ser declarada improcedente, por existir una vía igualmente satisfactoria al amparo.

Por estos fundamentos, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

S.

  
**LEDESMA NARVÁEZ**

**Lo que certifico:**

  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

Lima, 29 de mayo de 2019

### 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04374-2017-PA/TC

ICA

MILTON BENJAMÍN BOZZO GAMERO

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.

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

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

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

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

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

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

S.

**SARDÓN DE TABOADA**

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL