



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04585-2015-PA/TC  
TACNA  
AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

### RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 30 de abril de 2019

La Sentencia recaída en el Expediente N.º 04585-2015-PA/TC es aquella conformada por los votos de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera que declaran **FUNDADA** la demanda de amparo, toda vez que alcanzan la mayoría simple de los votos emitidos que exige el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, concordante con el artículo 10 de su Reglamento Normativo.

En la presente causa también han emitido votos en minoría los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

  
Flavio Reategui Apaza  
**Secretario Relator**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE EL AMPARO ES LA VÍA IDÓNEA PARA RESOLVER LA CONTROVERSI Y QUE CORRESPONDE DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA**

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, discrepo de la posición que declara improcedente la demanda y habilita el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar el reclamo de sus derechos vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 del precedente establecido en la STC 02383-2013-PA/TC, conocido como Precedente Elgo Ríos. Fundamento el presente voto singular en las siguientes consideraciones:

**Respecto de la no aplicación del precedente Elgo Ríos**

1. El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tienen que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.
3. En el presente caso, la recurrente interpuso su demanda el 13 de abril de 2011. Esto es, hace más de 7 años, por lo que bajo ningún supuesto resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado, regulado en la Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

### Análisis del caso

5. La recurrente solicita su reposición laboral en la condición de comisionista, pues sostiene que fue despedida sin expresión de causa, pese a que su contratación civil resultaba fraudulenta.
6. De acuerdo con lo establecido por el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley 27972), los obreros municipales están sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
7. Al respecto, de la documentación obrante en el expediente se aprecia que la demandante prestó servicios personales continuos como obrera municipal, bajo subordinación y recibiendo una remuneración (fojas 3 a 42). En tal sentido, se aprecia que el vínculo laboral de la recurrente se encontraba desnaturalizado, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, su relación laboral era de carácter indeterminado y por lo tanto, solo podía ser extinguida por una causa justificada y siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto Supremo 003-97-TR. Por lo que al no haberse procedido en dichos términos, se lesionó el derecho al trabajo de la recurrente.

### Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **NULO** el despido de doña Aurelia Achanccaray Incacoña, debiéndose ordenar la reposición laboral de la demandante como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría.

S.

**BLUME FORTINI**

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, discrepo de la sentencia de mayoría que declara improcedente la demanda, aplicando el precedente Elgo Ríos, recaído en el Exp. 02383-2013-PA/TC.

A mi juicio debe declararse fundada la demanda por las siguientes consideraciones:

1. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, 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.

2. Al respecto, desde una perspectiva objetiva, considero que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carecer 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 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

3. En el caso de autos, a la fecha de interposición de la demanda (13 de abril de 2011), ya se encontraba vigente en el distrito judicial de Tacna la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, esto es, que el proceso laboral abreviado se constituiría como una vía igualmente satisfactoria para atender la pretensión de la parte demandante. Sin embargo, es necesario precisar que los casos de obreros municipales y similares interpuestos con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio 2015; son susceptibles de dilucidarse a través del proceso de amparo, toda vez que debe tomarse en cuenta el tiempo que viene empleando la demandante y la instancia en la que se encuentra su causa; en consecuencia, no resultará igualmente satisfactorio que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda que el recurrente inicie un nuevo proceso en la vía ordinaria; ya que, ello implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos constitucionales.
4. Por otra parte, desde la perspectiva subjetiva, estos trabajadores se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad e incluso pobreza, tomando en cuenta que se encuentran expuestos a una precariedad institucional, más aún si tomamos en consideración, contrataciones fraudulentas que buscan desconocer sus derechos laborales y la adecuada protección contra el despido arbitrario que les asiste.
5. Aunado a ello, es preciso subrayar que el artículo 24 de nuestra Constitución ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente, la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio – derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona. (STC 04922-2007-PA/TC, fundamento jurídico 6)

Por lo que, de lo expuesto no puede hablarse de la existencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo.

6. Ahora bien, en la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC, publicada el 20 de julio de 2016 en el portal web institucional, este Tribunal precisó los alcances del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, señalando que este solamente será aplicable a los casos en los que la plaza en la que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

laboraba la demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública, debido a que no tendría sentido exigir el empleo de criterios meritocráticos cuando no se requiere tomar en cuenta estas consideraciones frente a quienes no son parte de la carrera administrativa (cfr. fundamentos 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC).

7. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera administrativa (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la contratación administrativa de servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).
8. Por estos motivos, este Tribunal 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), 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).
9. En el presente caso, la parte demandante pretende ser respuesta a una plaza que no forma parte de la carrera administrativa pues se desempeñó en el puesto de comisionista de servicios higiénicos y comercio ambulatorio de la Municipalidad Provincial de Tacna, situación que no comporta la pertenencia al régimen del empleo público. En consecuencia, y al no ser aplicable el precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, este Tribunal se avocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si la parte recurrente fue objeto de un despido.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOAÑA

### Análisis del caso concreto

10. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú 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”.
11. Conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, el personal obrero de las municipalidades se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada.
12. Se debe determinar si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerado un contrato de trabajo, porque de ser así, el demandante sólo 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 jurídico 3).
13. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, se 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.
14. En el presente caso, la demandante sostiene que ha laborado para la entidad emplazada, sin suscribir contrato escrito, desde el 1 de noviembre de 2007 hasta el 31 de enero de 2011, como comisionista de servicios higiénicos y comercio ambulatorio de la Municipalidad Provincial de Tacna. Por su parte, la demandada afirma que la actora no sostuvo una relación laboral a tiempo indeterminado, sino que realizaba labores de naturaleza civil al haber prestado servicios a través de contratos de locación de servicios.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACONA

15. En el caso de autos, obran los siguientes medios probatorios: **a)** Rol de Descanso de Comisionistas correspondiente a los meses de febrero a marzo de 2009, de noviembre a diciembre de 2009 y de setiembre a octubre de 2010, en los cuales se consigna el nombre de la demandante (fojas 3 al 5); **b)** Consolidado de comisionista desde el 20 de octubre al 16 de noviembre de 2010, en el cual se consigna el nombre de la demandante (fojas 7); **c)** Cheques emitidos por la municipalidad demandada a favor de la actora, de fechas marzo, abril, junio, julio, diciembre de 2009, marzo, mayo, julio y noviembre de 2010 (fojas 8 al 25); **d)** Comprobantes de pago emitidos por la entidad a favor de la recurrente, como retribución a los servicios prestados en el cargo de (fojas 26, 28, 30, 32, 33, 35, 37, 39 y 41); y **e)** Planillas de pago correspondientes a los meses de enero a marzo, de mayo a junio y de octubre a diciembre de 2008 (fojas 27, 29, 31, 34, 36, 38, 40, 42); **f)** Memos que cursó el Jefe de la División de Mercados, Ferias y Policía Municipal a la actora, mediante los cuales se le informa la rotación de lugar a fin de prestar sus servicios de comisionista (fojas 93 a 95, 116 a 118 y 120 a 147); **g)** Cuadros de rotación de comisionistas del año 2009 donde se reasigna al personal comisionista de la entidad emplazada entre los que se encuentra la actora (fojas 114 a 117); y **h)** Informe 016-ADM-MDO, de fecha 2 de mayo de 2002, mediante el cual se solicitó sancionar a dos comisionistas por el incumplimiento de sus obligaciones (fojas 119).
16. De los medios probatorios ofrecidos es posible determinar la existencia de subordinación, toda vez que la demandante se encontraba sujeta a un jefe inmediato, como lo es el Jefe de la División de Mercados, Ferias y Policía Municipal, lo que puede verificarse del Informe citado, mediante el cual se puede advertir que la municipalidad emplazada tiene poder de sanción respecto de las comisionistas, pese a que éste no se encuentre referido a la actora. Asimismo, de una lectura conjunta con los cuadros de rotación y los memos emitidos, se aprecia que los comisionistas debían realizar sus labores en un horario de trabajo, el cual era controlado por la emplazada. En ese sentido, se debe concluir que la demandante realizó labores como comisionista a favor de la Municipalidad Provincial de Tacna de manera personal y remunerada, siendo que la relación entre ambas partes era una relación laboral a plazo indeterminado.
17. Habiéndose determinado que la labor ejercida por la demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de prestación personal de servicios remunerados y subordinados, entonces se concluye, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer una cabal realidad de los hechos sobre las formas y apariencias que se pretenden dar con las relaciones civiles. Por ende la labor





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.

18. En mérito a lo expuesto, 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 de la actora, 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.

Por los fundamentos expuestos, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, y, en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto la demandante. Asimismo, **ORDENAR** a la Municipalidad Provincial de Tacna reponga a doña Aurelia Achanccaray Incacoña como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría.

S.

  
MIRANDA CANALES

**Lo que certifico:**

  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Concuerdo con mi colega Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera en que el caso de autos merece tutela de urgencia y que debe declararse fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario. En consecuencia, corresponde ordenar la reposición de la recurrente como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel.

La situación de tutela urgente la advierto por tratarse el caso de autos de un amparo laboral interpuesto por un obrero municipal cuyo promedio de ingresos percibidos dentro de los últimos doce meses anteriores de ocurrido el alegado despido arbitrario es de S/. 796. Así, al considerar la línea de pobreza *per cápita* nacional en S/. 328, se puede asumir como monto base la suma de S/. 1312 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, considero que en los casos en que un obrero municipal perciba una remuneración mensual por debajo del monto anteriormente señalado, corresponderá ventilar el caso en la vía del proceso constitucional del amparo.

S.

  
RAMOS NÚÑEZ

**Lo que certifico:**

  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas en mérito a las razones que a continuación expongo:

1. El Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo laboral, sobre todo en el sector público. Es en ese contexto que se han dictado precedentes que interactúan entre sí, para así otorgar una respuesta adecuada a cada situación que se presente sobre el particular. Por ello en esta ocasión voy a hacer referencia a los precedentes “Vásquez Romero” (00987-2014-PA/TC); “Elgo Ríos” (02383-2013-PA/TC); y “Huatuco” (05057-2013-PA/TC), con su precisión en el caso “Cruz Llamas” (06681-2013-PA/TC).
2. Ahora bien, esta interacción no puede darse de cualquiera manera, sino que responde a un orden, que no es otro que el establecido por el propio Código Procesal Constitucional, el cual no se encuentra reñido con un respeto a un criterio de especialidad. Es decir, siempre deberá realizarse primero un análisis del contenido constitucionalmente protegido del derecho o derechos involucrados (art. 5.1 Código Procesal Constitucional) y luego un análisis sobre si existe una vía igualmente satisfactoria (art. 5.2 del Código Procesal Constitucional), para luego pasar a pautas más específicas de procedencia, como las que se refieren a la pertenencia o no a la carrera administrativa.
3. 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. Y es que, por un mínimo de seriedad, la cual debe caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no puede, por ejemplo, apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos. Respetuoso con esa línea de pensamiento, paso de inmediato a realizar cada uno de estos pasos.

### Procedencia de la demanda

4. En el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), este 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, y desde una *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); así como 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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

5. Por otra parte, y desde una *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).
6. Con respecto a la necesidad de tutela urgente por la magnitud del bien involucrado o del daño, este mismo Tribunal ha sostenido que en determinados casos es necesario analizar si, “aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, *en virtud de las circunstancias del caso*, una tutela jurisdiccional *urgentísima y perentoria*” (RTC Exp. n.º 09387-2006-AA, f. j. 3). En otras palabras, que debe admitirse a trámite el amparo, de manera excepcional, cuando lo alegado “pone de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria” (ídem, f. j. 4).
7. En este contexto, considero que en el presente caso, debe tenerse presente que estamos ante una situación vinculada a trabajadores en manifiesta situación de vulnerabilidad e incluso pobreza<sup>1</sup> (se trata de obreros con remuneraciones y prestaciones sociales mínimas), quienes se encuentran además en situación de precariedad institucional (están especialmente expuestos a despidos arbitrarios, como se evidencia con los casos llegados a esta sede). Junto a ello, debe tomarse en cuenta que existe un mandato constitucional expreso dirigido a brindar protección reforzada a los sectores que sufren desigualdad (artículo 59 de la Constitución). En mérito a todo lo expuesto, no puede hablarse de que en este caso en particular existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo.
8. Y junto a lo ya señalado, debe verificarse también cuál es la pauta específica a seguir para aquellos trabajadores que tienen como pretensión la reposición en la función pública.

---

<sup>1</sup> El Banco Interamericano de Desarrollo señala que la base de la pirámide económica está conformada por la *población vulnerable*, cuyos ingresos son menores a US\$ 10, y la *población pobre*, con ingresos menores a US\$ 4 por día (BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Un mercado creciente: Descubriendo oportunidades en la base de la pirámide en Perú*. Nueva York, 2015). La población vulnerable se encuentra en riesgo inminente de pasar a la situación de pobreza. Es más, se señala que el 73,6% de la clase vulnerable sufrirá pobreza en el futuro, y que lo mismo ocurrirá con el 27,2% de la clase media (STAMPINO et al. *Pobreza, vulnerabilidad y la clase media en América Latina*. Documento de trabajo del BID, mayo de 2015, p. 45).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

9. En ese sentido, conviene tener presente que, en la sentencia recaída 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 temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó en 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.
10. En el caso “Cruz Llamos” (STC 06681-2013-PA/TC), estas reglas fueron precisadas, partiendo de la distinción entre función pública y carrera administrativa, toda vez que no todas las personas que trabajan en lo público en rigor realizan carrera administrativa ni acceden a sus puestos de trabajo por concurso público. De hecho, en muchos casos no tiene sentido que ello sea así.
11. Como consecuencia de estos pronunciamientos se tiene que los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el caso “Huatuco” y a su precisión en el caso “Cruz Llamos” (STC 06681-2013-PA/TC), permiten la aplicación de la regla jurisprudencial reposición en la función pública, son los siguientes:
- (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).

#### **Análisis del caso concreto**

12. En el caso concreto que venimos analizando, tenemos que la plaza a la que pretende ser repuesta la demandante como comisionista de servicios higiénicos y comercio ambulatorio no forma parte de la carrera administrativa. En ese sentido, quedando claro que la consecuencia de no desnaturalizar lo previsto en “Elgo Ríos” lleva a resolver la presente controversia en sede de Amparo; y además, resultando evidente que aquí es aplicable lo previsto en “Cruz Llamos” como precisión a “Huatuco”, corresponde a este Tribunal conocer el fondo de esta controversia.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

13. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona”. El artículo 27 señala que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
14. El artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita, y el segundo, en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece”.
15. Por otra parte, el principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución. Este Tribunal ha precisado, en la sentencia recaída en el Expediente 01944-2002-AA/TC, que “[...] 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).
16. En el presente caso, la demandante sostiene que ha laborado desde el 1 de noviembre de 2007 hasta el 31 de enero de 2011, periodo en el cual realizó labores de naturaleza permanente. Por su parte, la demandada afirma que la actora no mantuvo un vínculo laboral a plazo indeterminado, sino una relación de naturaleza civil a través de contratos de locación de servicios.
17. Al respecto, debo señalar que a fojas 7 se encuentra un documento emitido por la municipalidad denominado “consolidado de comisionistas desde el 20 de octubre de 2010 hasta 16 de noviembre de 2010” en el cual se consigna el nombre de la demandante. Asimismo, de fojas 17 a 25 y de 26 a 42, 72 y 73 obran los cheques y comprobantes de pago emitidos por la entidad en favor de la recurrente. Además, se cuenta con las declaraciones juradas de tres empleados de la Municipalidad Provincial de Tacna quienes dan cuenta que la demandante laboró para la entidad. Con ello, verifico que la recurrente realizó labores remunerados a favor de la Municipalidad Provincial de Tacna.
18. Asimismo, se han presentado memos a través de los cuales la entidad dio instrucciones a la demandante respecto de las labores que debía realizar. También se cuenta con los cuadros de rotación y memos emitidos por la entidad a través de los cuales se reasigna al personal comisionista entre los que se encuentra la actora y en los cuales se hace mención al horario en que los comisionistas debían realizar sus labores (fojas 113 a 118 y 120 a 147). Cabe mencionar que también se ha presentado el Informe 016-ADM-MDO de fecha 2 de mayo de 2002 a través del cual se recomienda sancionar a dos comisionistas





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

por el incumplimiento en sus obligaciones, si bien dicho informe no se encuentra referido a la actora, sí deja entrever que la emplazada tiene poder de sanción respecto de los comisionistas (fojas 119). Dichos medios probatorios acreditan que existía una relación de subordinación entre la demandante y la Municipalidad Provincial de Tacna.

19. También se debe advertir que, en el presente caso, la trabajadora ha laborado para la emplazada sin que se hubiere suscrito contrato de locación alguno entre las partes, ello pues ni la demandante ni la demandada han aportado medio probatorio alguno que permita verificar lo contrario.
20. En consecuencia, y en aplicación del artículo 4 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, ha quedado acreditado que el recurrente prestó servicios para la municipalidad emplazada de manera personal, bajo subordinación y de forma remunerada. Por ende, en rigor tenía un contrato de trabajo a plazo indeterminado.
21. En mérito a lo expuesto, y en mérito a la aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que aquí entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral, toda vez que la relación contractual que mantuvieron la parte demandante y la emplazada se ha desnaturalizado. Por ello, 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 cual no ha ocurrido en el presente caso.

Por las razones expuestas, considero que debe declararse **FUNDADA** 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, **NULO** el despido arbitrario de la demandante. Asimismo, se debe **ORDENAR** a la Municipalidad Provincial de Tacna que reponga a doña Aurelia Achanccaray Incacoña como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con la opinión de mis colegas magistrados.

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 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

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

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

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

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

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

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

S.

**SARDÓN DE TABOADA**

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

### VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, discrepo de su posición por las siguientes razones:

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Aurelia Achanccaray Incacoña contra la sentencia de fojas 284, de fecha 1 de junio de 2015, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que declaró infundada la demanda de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 13 de abril de 2011, la recurrente interpuso demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Tacna, en la que solicita que se ordene su reposición en el cargo de comisionista que venía desempeñando, con el pago de las costas y costos del proceso. Refiere que laboró a partir del 1 de noviembre de 2007 hasta enero de 2011, sin contrato alguno, en forma permanente, subordinada y percibiendo una remuneración. Por tanto, al haber sido despedida sin existir una causa justa y un debido proceso, se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la estabilidad laboral, al debido proceso y a la defensa.

La procuradora pública de la Municipalidad Provincial de Tacna, interpuso la excepción de prescripción y contestó la demanda indicando que la demandante no acredita con prueba alguna la desnaturalización de la relación civil, por lo que es necesario contar con una estación probatoria que permita formar convicción. Refiere que la recurrente prestó labores interrumpidamente y que nunca tuvo una relación laboral bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 ni el Decreto Legislativo 728. Las actividades que realizaban no eran permanentes, y se desarrollaron mediante contrato de naturaleza civil, puesto que desempeñó la función específica de cobradora comisionista de servicios higiénicos y comercio ambulatorio en distintos centros de abastos, como ella misma lo señala. Al ser una actividad autosostenida, percibe una comisión de los servicios higiénicos y comercio ambulatorio de 30 % y 10 %, respectivamente del monto recaudado, de acuerdo con el reporte de ingresos por uso de dichos servicios, conforme está establecido mediante Resolución de Alcaldía 1794-10, de fecha 29 de octubre de 2010. Asimismo, señala que el puesto o plaza de comisionista no existe dentro de la estructura orgánica de la municipalidad, por ende, tampoco está presupuestado y la comisión que ellos perciben son generados por los ingresos de cobranzas que ellas mismas realizan, esto es, autogeneran su ingreso, es por ello que, el monto que perciben varía de acuerdo con el monto recaudado.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Tacna, con fecha 8 de agosto



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

de 2014 declaró infundada la excepción interpuesta; y, con fecha 15 de diciembre de 2014, declaró infundada la demanda, manifestando que los medios probatorios no hacen más que acreditar que la actora prestó sus servicios como comisionista gracias a una contratación de naturaleza civil, lo cual se encuentra acreditado mediante Resolución de Alcaldía 1794-10. Indica que no prestaba labores específicas, constantes ni permanentes que ameriten una remuneración mensual equitativa en el tiempo, su retribución era calculada en relación a un porcentaje del monto recaudado, por lo que se evidencia que no estaba sujeta a un horario de trabajo ni subordinada, consiguientemente, al ser su relación de naturaleza civil, nunca generó derechos laborales.

La Sala superior revisora confirmó la apelada por similares fundamentos.

### FUNDAMENTOS

#### Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación de la demandante en el cargo de comisionista que venía desempeñando en diversos mercados, porque habría sido objeto de un despido lesivo de sus derechos constitucionales al trabajo, a la estabilidad laboral, al debido proceso y a la defensa.

#### Análisis del caso

2. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció, en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.
3. En este caso, desde una perspectiva objetiva, tenemos que el proceso laboral abreviado de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión de la parte demandante y darle tutela adecuada. Es decir, el proceso laboral se constituye en una vía célere y eficaz respecto del amparo, donde puede resolverse el caso iusfundamental propuesto por la parte demandante, de conformidad con el fundamento 27 de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

4. Por otro lado, atendiendo a una perspectiva subjetiva, en el caso de autos no se ha acreditado un riesgo de irreparabilidad del derecho en caso se transite la vía ordinaria.

De igual manera, tampoco se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho en cuestión o de la gravedad del daño que podría ocurrir; criterio que se encuentra conforme a los pronunciamientos reiterativos del Pleno de este Tribunal, en los que también, obreros municipales alegaron la vulneración del derecho al trabajo (sentencias emitidas en los Expedientes 01741-2013-PA/TC, 03269-2014-PA/TC, 01395-2013-PA/TC, 04381-2013-PA/TC, 04216-2014-PA/TC, 03770-2014-PA/TC).

5. Por lo expuesto, en el caso concreto existe una vía igualmente satisfactoria que es el proceso laboral abreviado. Así, habiéndose verificado que la cuestión de derecho invocada contradice un precedente del Tribunal Constitucional, considero que la demanda de amparo debe ser desestimada.
6. En consecuencia, atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, corresponde habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la precitada sentencia.

Por estos fundamentos, considero que el fallo deberá ser el siguiente:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
2. Habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

*Lo que certifico:*

  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

### 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 (artículo 23).

<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 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

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 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

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 pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].**

<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 04585-2015-PA/TC

TACNA

AURELIA ACHANCCARAY INCACOÑA

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.

S.

FERRERO COSTA

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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