



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 541/2020

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC

PUNO

WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 11 de agosto de 2020 se votó la ponencia presentada por el magistrado Ramos Núñez en el Expediente 02492-2016-PA/TC.

Estando a la votación efectuada y a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (que establece, entre otros aspectos, que el Tribunal, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos), el Expediente 02492-2016-PA/TC ha sido resuelto por los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada, quienes, en mayoría, coinciden en declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Votaron a favor de la ponencia, en minoría, los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, declarando fundada la demanda de amparo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la ponencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad.

SS.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de junio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Wilfredo Néstor Alegre Adco contra la sentencia de fojas 180, de fecha 25 de abril de 2016, expedida por la Sala Civil de la provincia de San Román (Juliaca), que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de agosto de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Juliaca SA (EPS SEDA JULIACA SA). Solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto y que, en consecuencia, se le reincorpore en el cargo de jefe de la Oficina de Asesoría Legal. Refiere que laboró para la demandada desde el 5 de enero de 2012 hasta el 31 de julio de 2014 en el citado cargo, el cual señala es permanente y se encuentra dentro de la organización de la empresa, conforme se advierte del Manual de Organización y Funciones. Por tal razón, desde el inicio de su relación laboral debió suscribir un contrato de trabajo a plazo indeterminado, no obstante, se le hizo suscribir contratos de trabajo sujeto a modalidad, por lo que considera que en el presente caso se ha incurrido en fraude, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Agrega que desde el 2 de enero al 30 de junio de 2014 prestó servicios como técnico en abogacía. Alega la vulneración de su derecho al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

El apoderado de la emplazada contesta la demanda. Argumenta que los contratos se celebraron con el demandante de común acuerdo; no han sido simulados y, por tanto, tienen plena validez. Además, señala que el Cuadro de Asignación de Personal y el Manual de Organización y Funciones no indican que el cargo de jefe de la Oficina de Asesoría Legal sea permanente, por cuanto es un cargo de confianza. Siendo ello así, el trabajador, al tener un contrato de trabajo a plazo determinado, según los alcances del Decreto Supremo 003-97-TR, al vencer su contrato se optó por no renovarlo, razón por la cual no se puede alegar despido incausado.

El Segundo Juzgado Civil de San Román (Juliaca), con fecha 16 de diciembre de 2015, declaró infundada la demanda por estimar que de autos se advierte que el cargo de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

jefe de la Oficina de Asesoría Legal es un cargo de confianza, por cuanto está en contacto directo con el personal de la alta dirección.

La Sala revisora confirmó la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene la reincorporación del demandante en el puesto de trabajo que venía desempeñando, por haber sido víctima de un despido incausado. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.
2. De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado.

Cuestión previa

3. De acuerdo con la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (18 de agosto de 2014) aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Puno, por lo que en el referido distrital judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

Análisis de la controversia

4. 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”.
5. El segundo párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú señala que “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.
6. En el presente caso, debe determinarse si las funciones asignadas al demandante como jefe de la Oficina de Asesoría Legal desde el 5 de enero de 2012 hasta el 30 de junio de 2013 (folio 3 a 8), desde el 2 de setiembre hasta el 31 de diciembre de 2013 (folio 10) y desde el 1 hasta el 31 de julio de 2014 (folio 12), y como técnico en abogacía, desde el 1 de julio hasta el 31 de agosto de 2013 (folio 9) y desde el 2 de enero hasta el 30 de junio de 2014 (folios 12), eran propias de un trabajador de confianza, puesto que, de ser el caso, la demandada estaba autorizada para culminar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

el vínculo laboral por retiro de la confianza o, según sea el caso, correspondía que el demandante retornara a las funciones comunes u ordinarias que desempeñaba antes de haber sido promocionado.

7. De acuerdo con lo previsto en el artículo 43, segundo párrafo, del Decreto Supremo 003-97-TR, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado; y cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

8. En la Sentencia 03501-2006-PA/TC, fundamento 16, este Colegiado ha señalado lo siguiente:

La calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él.

9. En el fundamento 13 de la misma sentencia se ha precisado también lo siguiente:

La mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores [personal de dirección y personal de confianza] radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos.

10. Conforme se advierte de la carta 090-2014-EPS SEDA JULIACA S.A/GA/DRH, de fecha 24 de julio de 2014, se comunica al demandante el término de su contrato con fecha 31 de julio de 2014 (folio 33). La demandada en su escrito de contestación de demanda, ha precisado que el cargo de jefe de Oficina de Asesoría Legal que desempeñó el recurrente es un cargo de confianza (folio 118), no obstante, el actor ha negado que el citado cargo sea de confianza.

11. A folios 34, obra el Manual de Organización y Funciones, de fecha 2009, modificado en el 2013, del cual se aprecia que el cargo de jefe de la Oficina de Asesoría Legal realiza las siguientes funciones, entre otras específicas: formular y proponer a la Alta Dirección los objetivos, lineamientos, políticas, normas, planes, programas y presupuesto para la ejecución de las actividades de asesoría legal; dirigir, coordinar y controlar la ejecución del Plan Anual de Actividades de asesoría legal; asesorar a la Alta Dirección o emitir opinión legal sobre los documentos o asuntos puestos a su consideración; emitir opinión, interpretar, participar de ser el



caso y dar conformidad a todo convenio, bases técnicas, administrativas, contratos, resoluciones y otros documentos de carácter legal que se emitan en la empresa; dictaminar en los asuntos jurídicos que le propongan el Directorio y el gerente general de la Empresa en asuntos de carácter jurídico legal; preparar o revisar los aspectos legales de proyectos de Acuerdo, Resoluciones, Manuales, Normas u otros documentos que emita la Alta Dirección o Gerencias; mantener permanentemente informados a los Órganos de la Alta Dirección del avance y situación en que se encuentran los asuntos jurídicos, legales y tributarios de la empresa; coordinar con los demás órganos de la empresa sobre la aplicación de la normatividad correspondiente y las acciones jurídicas legales conducentes al logro de las metas respectivas.

12. De ello, se concluye que el demandante estuvo realizando funciones que son propias de un trabajador de confianza, y que no realizaba meras labores administrativas.
13. Ahora bien, también este Tribunal, en la Sentencia 3501-2006-PA/TC, fundamento 11, ha enfatizado lo siguiente:

El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores éste trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda a que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103 de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.

14. Al respecto, el artículo 63 del Decreto Supremo 003-97-TR establece expresamente lo siguiente: “Los contratos para obra determinada o servicio específico son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada”. Asimismo, el artículo 72 del citado decreto señala que “los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral”.
15. Por su parte, el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR prescribe que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se desnaturalizan cuando, entre otros supuestos, el trabajador demuestra la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en dicho cuerpo legal.
16. De los contratos de trabajo a plazo determinado cuya duración fue desde el 1 de julio hasta el 31 de agosto de 2013 y desde el 2 de enero hasta el 30 de junio de 2014, se aprecia que “LA EMPRESA con la finalidad de brindar una oportuna atención a las diferentes actividades en el servicio que presta requiere contratar los servicios de la contratada, para que presente servicios como TÉCNICO EN ABOGACIA, bajo los lineamientos del Título II De los Contratos Sujetos a Modalidad. Capítulo IV De los Contratos de Naturaleza Temporal y Especifica,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

Artículo 63º Contrato de Servicio Determinado, del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 Decreto Supremo N° 003-97-TR (...)” (cláusula segunda).

17. Del examen de los citados contratos, debe concluirse que la parte emplazada no ha cumplido con su obligación de precisar la causa objetiva que justifique la contratación a plazo determinado del demandante, en particular, las funciones específicas que iba desempeñar; por dicha razón, debe considerarse que el contrato de trabajo se desnaturalizó y convirtió en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, en aplicación del literal “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR.
18. En ese sentido, dado que al 30 de junio de 2014 (fecha del segundo contrato) el demandante era un trabajador a plazo indeterminado y, por tanto, había adquirido protección contra el despido arbitrario, de conformidad con el artículo 10 del Decreto Supremo 003-97-TR, correspondía que, sucedido el retiro de la confianza en el cargo de jefe de la Oficina de Asesoría Legal, retornara a las actividades comunes y ordinarias que asumió cuando se lo contrató como técnico en abogacía; por lo que, no habiendo ocurrido así, y habiéndose despedido al demandante sin expresar una causa justa relacionada con su conducta o capacidad, procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, por haberse vulnerado el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

Efectos de la sentencia

19. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo de técnico en abogacía 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.
20. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.
21. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, este Tribunal estima 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

En estos casos, la Administración Pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7 del Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente: “El procurador público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado”.

22. Con la opinión del procurador público pueden evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión buscada es estimable según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional) o proseguir con el proceso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la afectación del derecho al trabajo, en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto el demandante.
2. **ORDENAR** que la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Juliaca SA (EPS SEDA JULIACA SA) reponga a don Wilfredo Néstor Alegre Adco como trabajador a plazo indeterminado en el puesto de técnico en abogacía o en otro de igual o similar 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.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ



VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estimo que la demanda de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, pues en la medida que la recurrente no ingresó a laborar mediante un concurso público de méritos no corresponde disponerse su inmediata reincorporación. Mis razones son las siguientes:

1. En principio, no coincido con la forma de interpretación aislada de las disposiciones constitucionales. Conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el principio de unidad de la Constitución establece que “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo` armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (Exp. 05854-2005-PA/TC FJ 12).
2. Si bien el artículo 40 de la Constitución establece que “(...) No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado (...)”, de ningún modo debe interpretarse aisladamente, como si no existieran otras disposiciones constitucionales que puedan coadyuvar en la respectiva interpretación final de dicho extremo. Asumir una interpretación aislada nos podría indicar que las empresas del Estado, son empresas, cien por ciento idénticas a las empresas privadas, y esa interpretación y desnaturaliza el mandato normativo de la Constitución. Si esa fuera la interpretación entonces la Contraloría General de la República no podría controlarlas, el Sistema Nacional de Presupuesto no podría limitarlas o el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad del Estado (FONAFE) no podría normar o dirigir dicha actividad empresarial. Las empresas del Estado, por ser del Estado están al servicio de la Nación y no de intereses privados. ¿Tienen límites? Claro que los tienen. No son, ni deben ser, un sector privilegiado respecto de las obligaciones, exigencias y control del Estado.
3. Así por ejemplo, el artículo 39 de la Constitución establece que “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...)”. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución dispone que “Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Esta norma constitucional ha sido recogida a nivel legal por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, conforme al cual

La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada.

Las Empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil.



Además, dicho decreto legislativo señala, en su artículo 4, que las empresas del Estado pueden ser de accionariado único, con accionariado privado y con Potestades Públicas.

4. Ahora bien, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley 27785, que regula el control gubernamental para prevenir y verificar la "... correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación", en su artículo 3 dispone que sus normas son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen, encontrándose entre ellas las empresas pertenecientes a los gobiernos locales y regionales e instituciones (literal b) y las Empresas del estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos u bienes materia de dicha participación" (literal f).
5. A ello debe agregarse que las empresas del Estado también se encuentran comprendidas dentro de la normativa que regula el presupuesto público. En efecto, el artículo 2, numerales 2, 5 y 6, del TUO de la Ley 28411 - Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, señala que su ámbito de aplicación comprende a todas las entidades públicas, entre ellas las Empresas de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, así como las empresas del FONAFE y otras entidades no públicas no mencionadas en los numerales precedentes; además, en su artículo 5 establece que "Constituye Entidad Pública ...todo organismo con personería jurídica comprendidos en los niveles de Gobierno Regional y Gobierno Local, incluidos sus respectivos Organismos Públicos Descentralizados y empresas en las que el Estado ejerza el control accionario...".

Más aun, las Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30518 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2017, señaló que entidades públicas como las empresas y entidades bajo el ámbito del FONAFE, PETROPERU S.A., las empresas de los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales deben aprobar disposiciones de austeridad, disciplina y calidad en el gasto público y de ingreso de personal.

6. Lo expuesto en los fundamentos precedentes me llevan a considerar que dada la naturaleza de las empresas del Estado, las que incluso han sido tratadas como entidades públicas por diversa normas, las personas que prestan servicios en ellas son trabajadores públicos, aun cuando no hagan carrera administrativa, conclusión que encuentra respaldo incluso en el artículo 1 de la Convención Americana Contra la Corrupción, conforme al cual tiene dicha condición "(...) cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos (...)".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

7. Ello, sin duda exige que el acceso a puestos de trabajo con vínculo laboral indeterminado en las empresas del Estado debe efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos a través de concurso público abierto, a fin de garantizar el ingreso de colaboradores idóneos y capacitados que no sólo coadyuven de manera efectiva, eficiente y con calidad en el desarrollo de las actividades propias de esas empresas, que por mandato constitucional fueron creadas por razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, sino que también garanticen la cautela de los esos intereses, tanto más si para la realización de actividades empresariales el Estado destina fondos del erario público.
8. En el presente caso, el demandante solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que habría sido objeto y que, por consiguiente, se le reincorpore en el cargo de Jefe de la Oficina de Asesoría Legal en la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Empresa Municipal de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Juliaca Sociedad Anónima “E.P.S SEDAJULIACA S.A”. Empero, si bien es cierto el contrato de trabajo de obra o servicio en la modalidad de servicio específico se desnaturalizó porque la entidad emplazada no habría cumplido con precisar la causa objetiva que justificara la contratación a plazo determinado en el cargo de técnico en abogacía, último cargo en el que fue contratado; sin embargo, no constando de autos que el recurrente hubiere ingresado a laborar por concurso público de méritos, a mi consideración, no cabe estimar la demanda y disponer su inmediata reincorporación, sino que debe declararse su improcedencia, pudiendo el actor acudir a la vía ordinaria laboral a solicitar la indemnización que corresponda.

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

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

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 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

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 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización³.

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de 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

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 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, considero que la presente demanda debe ser declarada improcedente, por los fundamentos que a continuación expongo:

Sobre la aplicación del Precedente Elgo Ríos

1. En el precedente Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional precisa los criterios para 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. En el presente caso al no encontrarse vigente la Nueva Ley Procesal de Trabajo, el amparo se constituye en la vía idónea para dilucidar la presente controversia. En consecuencia, corresponde analizar el fondo del asunto.

Sobre la aplicación del Precedente Huatuco

4. 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 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC

PUNO

WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

5. 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.
6. 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.
7. 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:

“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.

8. 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 la 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.
9. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC

PUNO

WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

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.

10. En el presente caso, caemos en cuenta que la plaza a la que pretende ser respuesto el demandante, sí forma parte de la carrera administrativa y, por tanto, representa una plaza a la que debió ingresarse mediante concurso público de méritos, situación que no ha sucedido en la presente causa. Ergo, el precedente Huatuco es de aplicación al presente caso.

Por los fundamentos anotados, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

La parte demandante solicita su reposición en el puesto de trabajo, por considerar que fue despedida arbitrariamente. Sin embargo, como he señalado repetidamente en mis votos emitidos como magistrado de este Tribunal Constitucional, considero que nuestra Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta.

El artículo 23 de la Constitución dice:

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, *en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo* y de educación para el trabajo [*itálicas añadidas*].

Esta norma se complementa con el artículo 58, que señala:

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de *promoción de empleo*, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura [*itálicas añadidas*].

La estabilidad laboral absoluta es incompatible con este mandato constitucional, ya que, al forzar la reposición en casos de despido arbitrario, desalienta la creación de puestos de trabajo. Como reconoce el régimen constitucional económico, esta deriva, necesariamente, de la libre iniciativa privada.

Además, el artículo 27 de la Constitución dice:

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que corresponde indemnizar —no reponer— al trabajador despedido arbitrariamente. No hay nada inconstitucional en ello, ya que el legislador está facultado por la Constitución para definir tal *adecuada protección*.

Por demás, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales — Protocolo de San Salvador—, suscrito por el Perú, establece que cada legislación nacional puede determinar qué hacer frente al despido injustificado.

Así, la reposición no tiene base en la Constitución ni en las obligaciones internacionales del Perú. Deriva solo de un error —de alguna manera tenemos que llamarlo— de este Tribunal, cometido al resolver el caso Sindicato Telefónica el año 2002 y reiterado lamentablemente desde entonces. La persistencia en el error no lo convierte en acierto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02492-2016-PA/TC
PUNO
WILFREDO NÉSTOR ALEGRE ADCO

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

S.

SARDÓN DE TABOADA