



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03615-2013-PC/TC  
LAMBAYEQUE  
OTTO WISLAN VARGAS TORRES

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los dos días del mes de agosto de 2018, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en mayoría de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez, y el voto del magistrado Sardón de Taboada, convocado para dirimir la discordia suscitada por el voto singular del magistrado Blume Fortini, no resuelta por el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera ni por el voto singular del magistrado Ferrero Costa.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Otto Wislan Vargas Torres contra la resolución de fojas 251, de fecha 27 de mayo de 2013, expedida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 8 de agosto de 2011, el recurrente interpone demanda de cumplimiento contra el gerente y el presidente ejecutivo de la Red Asistencial de Lambayeque – EsSalud, solicitando que se cumpla con lo dispuesto en las Leyes 27803 y 28299; y que, en consecuencia, se lo reincorpore en el régimen laboral de la administración pública, con el reconocimiento de su tiempo de servicios y demás derechos establecidos por ley. Refiere que, si bien se ha efectuado su reincorporación a EsSalud en virtud de lo dispuesto en la Ley 27803, no se ha respetado el régimen laboral al cual pertenecía, toda vez que ha sido contratado a plazo indeterminado bajo el régimen laboral privado y no con arreglo al Decreto Legislativo 276 que era el régimen que tenía cuando fue irregularmente cesado.

El apoderado judicial de EsSalud contesta la demanda argumentando que la norma, cuyo cumplimiento se exige, no establece que se deba reponer al demandante en su mismo puesto de trabajo, régimen laboral y nivel que tenía al momento de su cese, toda vez que los trabajadores que sean repuestos en virtud de lo dispuesto en la Ley 27803, obtendrían el régimen laboral fijado para la plaza vacante a la que accedan; por lo que al demandante, al haber alcanzado una plaza vacante dentro del régimen laboral privado, corresponde que se le aplique dicho régimen. Refiere que el pago de los aportes pensionarios de un trabajador que ha sido reincorporado corresponde que sea asumido por quienes administran el Fedadói conforme al artículo 8, inciso m) de la Ley 28476.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03615-2013-PC/TC  
LAMBAYEQUE  
OTTO WISLAN VARGAS TORRES

El procurador público del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda argumentando que no resulta viable incorporar al demandante al régimen de la actividad pública porque se atentaría contra su provisión presupuestal y que, además, el acceso a la administración pública únicamente se debe llevar a cabo mediante un concurso público.

El Sexto Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 22 de junio de 2012, declara infundada la excepción propuesta; y con fecha 16 de agosto de 2012 declara fundada en parte la demanda por estimar que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 27803, corresponde que la reincorporación del actor se efectúe dentro del régimen laboral público; e improcedente respecto a los demás extremos de la demanda.

La Sala revisora revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por considerar que existe controversia respecto al régimen laboral en el cual debe ser repuesto el demandante, por lo que no se aprecia que en este caso haya un mandato expreso y claro, por ello se suscita una situación compleja que no puede ser vista a través del proceso de cumplimiento.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. El objeto del presente proceso consiste en que se ordene el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 27803; y que, en consecuencia, se reincorpore al actor al régimen laboral de la administración pública por haber sido el régimen laboral al que perteneció cuando fue irregularmente cesado. Solicita, también, el reconocimiento de su tiempo de servicios y demás derechos establecidos por ley.

### Consideraciones previas

2. La presente demanda cumple con el requisito especial de procedencia establecido por el artículo 69 del Código Procesal Constitucional, por cuanto a fojas 20 obra la carta notarial de fecha 27 de mayo de 2011, en virtud de la cual el recurrente exige a la demandada el cumplimiento del artículo 2 de la Ley 28299, que modificó la Ley 27803; es decir, que sea reincorporado al régimen laboral al cual perteneció al momento de su cese, esto es, el régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo 276 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 005-90-PCM, y que a su vez



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03615-2013-PC/TC  
LAMBAYEQUE  
OTTO WISLAN VARGAS TORRES

se le reconozcan 8 años, 2 meses como tiempo de servicios, más la nivelación del sueldo que le corresponde.

#### **Análisis del caso concreto**

3. El artículo 200, inciso 6) de la Constitución Política establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. Por su parte, el artículo 66, inciso 1) del Código Procesal Constitucional dispone que el proceso de cumplimiento tiene por objeto que el funcionario o autoridad renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme.
4. Asimismo, basándonos en la Sentencia 00168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de octubre de 2005, en el marco de su función de ordenación que le es inherente y en la búsqueda del perfeccionamiento del proceso de cumplimiento, precisamos, con carácter vinculante, los requisitos mínimos comunes que debe tener el mandato contenido en una norma legal y en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional indicado.
5. En tal sentido, cabe precisar que a fojas 6 obra el contrato personal 2044-GRAR.ESSALUD-2008 mediante el cual se contrata al demandante como trabajador a plazo indeterminado a partir del 10 de junio de 2008 en el cargo de auxiliar administrativo Nivel A1, por estar considerado en la lista de extrabajadores que accedieron al beneficio de reubicación directa regulado por la Ley 27803. En el referido contrato se especifica que se celebra en virtud a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 728 y en el Decreto Supremo 003-97-TR que regulan el régimen laboral privado.
6. Al respecto, se debe señalar que el artículo 12 de la Ley 27803, modificado por el artículo 2 de la Ley 28299, establece lo siguiente:

Para los efectos de lo regulado en los artículos 10 y 11 de la presente Ley, deberá entenderse reincorporación como un nuevo vínculo laboral, generado ya sea mediante contratación bajo el Régimen Laboral de la Actividad Privada o nombramiento dentro del Régimen Laboral del Servidor Público, a partir de la vigencia de la presente Ley. Para efectos de la reincorporación o reubicación deberá respetarse el régimen laboral al cual pertenecía el ex trabajador al momento de su cese.

Asimismo, conforme al artículo 11 de la Ley 27803, las reincorporaciones de los extrabajadores de las entidades del Estado a los puestos de trabajo en el sector



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03615-2013-PC/TC  
LAMBAYEQUE  
OTTO WISLAN VARGAS TORRES

público estarán sujetas a la disponibilidad de plazas presupuestadas vacantes de carácter permanente que se hubiesen generado a partir de 2002, hasta la conclusión efectiva del programa extraordinario de acceso a beneficios.

7 - En tal sentido, en el artículo 23 del Decreto Supremo 014-2002-TR, Reglamento de la Ley 27803, se ha precisado lo que se transcribe seguidamente:

La reincorporación a que hace referencia el artículo 12 de la Ley, deberá entenderse como un nuevo vínculo laboral, generado ya sea mediante contratación o nombramiento. En tal medida, el Régimen Laboral, condiciones remunerativas, condiciones de trabajo y demás condiciones que corresponderá a los ex trabajadores que opten por el beneficio de Reincorporación o Reubicación Laboral, será el que corresponda a la plaza presupuestada vacante a la que se accede, tomando como referencia la plaza que ocupaba al momento del cese.

Es decir que la norma que dispone que debe respetarse el régimen laboral al que pertenecía el trabajador que fue cesado, será aplicable siempre y cuando exista una plaza vacante y presupuestada a la cual pueda acceder el actor, toda vez que como expresamente se indica en el artículo 12 de la Ley 27803 y el artículo 23 del Decreto Supremo 014-2002-TR, la reincorporación conlleva al establecimiento de un nuevo vínculo laboral entre la entidad y el trabajador reincorporado.

Siendo así, si se opta por la reincorporación y esta se produce en una plaza presupuestada y vacante del régimen laboral privado, luego no podría reclamarse ser cambiado al régimen público, pues la condición establecida en las citadas normas legales es la existencia de una plaza vacante y presupuestada en un determinado régimen laboral, sin la cual sería imposible que una persona acceda a la reincorporación prevista en la Ley 27803.

8. En consecuencia, tenemos que para efectos de determinar el régimen laboral que deberá corresponder a aquellos trabajadores que fueron cesados irregularmente y que son reincorporados conforme a lo previsto en la Ley 27803, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 12 de la referida ley en concordancia con lo previsto en el artículo 23 de su Reglamento, el Decreto Supremo 014-2002-TR. Por tanto, si la plaza vacante a la cual accedió el trabajador se encuentra dentro de los alcances del régimen laboral privado (folio 6), es a dicho régimen al que debe pertenecer desde su reincorporación, independientemente del régimen al cual haya pertenecido al momento en que se produjo su cese; más aún, si no se ha acreditado la existencia de plaza vacante en el régimen del Decreto Legislativo 276; por lo que la presente demanda debe ser desestimada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03615-2013-PC/TC  
LAMBAYEQUE  
OTTO WISLAN VARGAS TORRES

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

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda de cumplimiento.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**RAMOS NÚÑEZ**  
**LEDESMA NARVÁEZ**  
**SARDÓN DE TABOADA**

**Lo que certifico:**

 JANET OTÁROLA SANTILLANA  
Secretaría de la Sala Segunda  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03615-2013-PC/TC  
LAMBAYEQUE  
OTTO WISLAN VARGAS TORRES

### VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto a fin de adherirme a la posición expresada por mis colegas magistrados Ledesma Narváez y Ramos Núñez, pues también considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**, por los fundamentos detallados en su voto, criterio que ha venido aplicándose en casos similares y que he suscrito por estimarlo correcto (v.g. sentencias recaídas en los Expedientes 00156-2013-PC/TC, 03829-2012-PC/TC, 04190-2012-PC/TC y 04734-2012-PC/TC).

S.

**SARDÓN DE TABOADA**

Lo que certifico:

**JANET OTÁROLA SANTILLANA**  
Secretaria de la Sala Segunda  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03615-2013-PC/TC  
LAMBAYEQUE  
OTTO WISLAN VARGAS TORRES

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI,  
OPINANDO QUE SE DECLARE FUNDADA LA DEMANDA Y, EN  
CONSECUENCIA, SE REINCORPORA AL DEMANDANTE EN EL  
RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO.**

Discrepo respetuosamente del voto de mayoría, que declara infundada la demanda de cumplimiento, pues considero que esta es completamente fundada por existir *mandamus* y renuencia de la emplazada en cumplirlo.

El artículo 12 de la Ley 27803, que es el que contiene el *mandamus*, dispone con toda claridad en su parte final literalmente lo siguiente: “Para efectos de la reincorporación o reubicación deberá respetarse el régimen laboral al cual pertenecía el ex trabajador al momento de su cese”.

En el caso concreto, el actor ha sido reincorporado en virtud de la referida Ley 27803 a un régimen laboral distinto al que tenía en la fecha de su cese. No al régimen laboral al que originariamente pertenecía, regulado por el Decreto Legislativo 276, contravieniéndose de esta manera la norma antes citada.

Para desestimar la demanda, el voto de mayoría se basa en lo señalado por el artículo 23 del reglamento de la precitada Ley 27803, interpretando que solo debe respetarse el régimen al que pertenecía el trabajador siempre y cuando exista una plaza vacante y presupuestada, lo cual no se condice ni se desprende de ningún modo del artículo 12 bajo comento, el que, a mi juicio, contiene un mandato vigente, cierto, claro, indubitable, incondicionado, que no está sujeto a controversia compleja, que es de obligatorio e ineludible cumplimiento y que, a pesar de eso, no ha sido cumplido.

En tal sentido, mi voto es porque se declare fundada la demanda en este extremo y, en consecuencia, se reincorpore al demandante en el régimen laboral de la actividad pública, previsto por el Decreto Legislativo 276.

S.

**BLUME FORTINI**

**Lo que certifico:**



**FLAVIO REATEGUI APAZA**  
Secretario de la Sala Segunda  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03615-2013-AC/TC  
LAMBAYEQUE  
OTTO WISLAN VARGAS TORRES

### VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Discrepo respetosamente con el sentido de los votos que obran en autos, pues considero que debe la presente demanda de cumplimiento declararse **improcedente**, pues no hace referencia a un mandato con la virtualidad requerida conforme al precedente “Maximiliano Villanueva” (STC Exp. n.º 0168-2005-PC).

En efecto, el recurrente pide que se cumpla con lo dispuesto en la Ley n.º 27803 y, por ende, que se le reincorpore en el régimen en el que se encontraba antes de su cese, esto es, el régimen laboral de la administración pública. Al respecto, el artículo 12 de la referida ley señala, efectivamente, que “deberá *respetarse* el régimen laboral del trabajador al cual pertenecía el ex trabajador al momento de su cese” (resaltado agregado).

No obstante ello, también es cierto que el reglamento de la mencionada Ley, el Decreto Supremo n.º 014-2002-TR, precisa en su artículo 23 que la reincorporación se hará en una “plaza presupuestada vacante”, a la cual se accede “tomando como *referencia* la plaza que ocupaba [el extrabajador] al momento del cese” (resaltado agregado).

Siendo así, y teniendo en cuenta que el modelo de proceso de cumplimiento adoptado por el precedente “Maximiliano Villanueva” requiere que el *mandamus* exigido tenga carácter ejecutivo, es decir líquido e indubitable, la presente causa debe rechazarse.

Ello es así, en la medida que, a partir de lo dispuesto por las normas mencionadas, no es claro que el mandato exigido sea de indiscutible e ineludible cumplimiento. Por el contrario, considero que estamos ante un mandato de contenido controvertido, lo cual incluso queda de manifiesto con los votos de los magistrados que me han antecedido, y que también estamos ante un contenido controvertido y sujeto a interpretaciones dispares.

Por último, es cierto también que las mencionadas normas tienen distinto rango normativo, y por ello de existir incompatibilidad entre ambas debería subsistir la de mayor rango y considerarse a la otra ilegal. Sin embargo, esta no es la vía para lograr una declaración de este tipo, máxime cuando para llegar a esa conclusión sería necesario discutir acerca de si las expresiones arriba resaltadas (“respetarse” y “referencia”)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03615-2013-AC/TC

LAMBAYEQUE

OTTO WISLAN VARGAS TORRES

pueden ser interpretadas en un sentido compatible o no; en otras palabras, si puede considerarse o no como una forma de “respeto al régimen laboral” del extrabajador el “tomar como referencia” dicho régimen al momento de resolverse su reincorporación. Esto, como puede apreciarse, involucra una actividad interpretativa compleja, la cual no puede ser ventilada en un proceso de naturaleza ejecutiva como este.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**



  
FLAVIO REATEGUI APAZA  
Secretario de la Sala Segunda  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03615-2013-PC/TC  
LAMBAYEQUE  
OTTO WISLAN VARGAS TORRES

**VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA**

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, adhiriéndome al voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, por las razones que allí se indican.

S.

FERRERO COSTA

**Lo que certifica:**



**JANET OTAROLA SANTILLANA**  
Secretaria de la Sala Segunda  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL