



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00390-2013-PA/TC
JUNÍN
AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

RAZÓN DE RELATORÍA

La sentencia recaída en el Expediente 00390-2013-PA/TC es aquella que declara **INFUNDADA** la demanda de amparo y está conformada por los votos de los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, este último convocado a dirimir la discordia suscitada en autos. Se deja constancia de que los magistrados concuerdan en el sentido del fallo y la resolución alcanza los tres votos conformes, tal como lo prevé el artículo 11, primer párrafo del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional en concordancia con el artículo 5, cuarto párrafo de su Ley Orgánica.

Dicha resolución es acompañada por los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Ferrero Costa, quien también fue llamado a dirimir la discordia.

Lima, 18 de octubre de 2018.

S.



Janet Otárola Santillana
Secretaria de la Sala Segunda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC

JUNÍN

AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

VOTO DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVÁEZ Y RAMOS NÚÑEZ

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Amadeo Lizardo Valdivia Pacheco contra la resolución de fojas 292, de fecha 27 de agosto de 2012, expedida por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Junín, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de agosto de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Contraloría General de la República, solicitando la inaplicación de la Ley 29555, que implementa la incorporación progresiva de las plazas y presupuestos de los órganos de control institucional a la Contraloría General de la República, y que se ordene a la emplazada abstenerse de realizar cualquier tipo de requerimiento y/o disponer su cese o resolver la relación contractual que tiene como jefe del órgano de control institucional de la empresa Electrocentro S.A.

Afirma que la cuestionada norma legal representa una amenaza cierta e inminente de vulneración de sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a no ser discriminado, al trabajo y a la libertad contractual. Manifiesta que mantiene con Electrocentro S.A. una relación laboral a plazo indeterminado desde el 1 de setiembre de 2000 como auditor interno y que a partir del año 2003 dicha empresa se incorporó al Sistema Nacional de Control, por lo que la Ley 29555 al pretender de manera unilateral, a requerimiento de la entidad demandada, cesar o terminar su relación contractual, deviene en arbitraria.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República contesta la demanda manifestando que su representada no mantiene vínculo laboral alguno con el actor, pues este tiene una relación de naturaleza laboral con la empresa Electrocentro S.A., y que su contratación como auditor interno se dio dentro de un marco privado, que no puede equipararse a una designación como jefe de auditoría interna o jefe de OCI para ejercer control gubernamental; y que con el recurrente solo existe una relación de naturaleza estrictamente funcional y administrativa bajo la modalidad de encargatura, debido a que no fue designado en el cargo que viene ejerciendo conforme a los requisitos establecidos en la Directiva 018-96-GC/CE o de la Directiva 013-2000-GC/OATJ, vigentes al momento de su contratación. Asimismo, sostiene que conforme a lo informado al recurrente mediante el Oficio 01398-2011-CG/GOCI, no procede su incorporación a la Contraloría General de la República en los términos del artículo 7 de la Ley 29555, pues no ha ingresado mediante concurso público de méritos, por lo que el cese dispuesto por el numeral 3.2



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC

JUNÍN

AMADEO LIZARDO VALDIVIA

PACHECO

del artículo 3 de dicha norma legal no le es aplicable.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, con fecha 13 de abril de 2012, declaró fundada la demanda, por considerar que en aplicación de la Ley 29555, la entidad emplazada comunicó al accionante, mediante el Oficio 01654-2010-GC/GOCI, que no podrá ser incorporado a la Contraloría General de la República, debido a que no ingresó a prestar servicios como jefe de auditoría interna de Electrocentro S.A. mediante concurso público de méritos, lo que representa una amenaza inminente de cese o resolución del contrato de trabajo del accionante por parte de su empleador.

La Sala superior revocó la apelada y declaró improcedente la demanda por estimar que el cargo de jefe de auditoría interna que ocupa el recurrente en Electrocentro S.A. es un cargo cuyas funciones califican como de dirección y confianza, motivo por el cual no tiene estabilidad en el cargo; es decir, el demandante puede ser cesado por la pérdida de la confianza, lo que en el presente caso se configura al no haber ingresado por concurso público de méritos, conforme a las disposiciones de la Ley 29555.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita la inaplicación de la Ley 29555. Argumenta que la referida norma legal dispone la incorporación del personal de los órganos de control institucional de las entidades del sector público a la Contraloría General de la República, lo que significa la amenaza de ser despedido o cesado del cargo de auditor interno que viene ocupando. Alega la amenaza de violación de sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a no ser discriminado, al trabajo y a la libertad contractual.

Procedencia de la demanda

2. De acuerdo a la línea jurisprudencial constitucional respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si los derechos constitucionales del recurrente, invocados en la demanda, se encuentran bajo amenaza de ser vulnerados.

Análisis de la controversia

3. El demandante manifiesta que el numeral 3.2 del artículo 3 de la Ley 29555, que implementa la incorporación progresiva de las plazas y presupuesto de los órganos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC
JUNÍN
AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

de control institucional a la Contraloría General de la República, constituye una amenaza a sus derechos, debido a que dispone la incorporación del personal de los órganos de control institucional de las entidades del sector público a la Contraloría General de la República, lo que significa que Electrocentro S.A. deberá proceder a despedirlo en cuanto la Contraloría General de la República le comunique que debe transferirle las plazas y presupuesto de su órgano de control institucional. En ese sentido, lo que corresponde es determinar si la cuestionada norma legal constituye o no una amenaza de violación de los derechos constitucionales del accionante.

4. En la sentencia emitida en el Expediente 00006-2012-PI/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de marzo de 2016, se declaró que el artículo 3, inciso 2 de la Ley 29555 es constitucional, siempre que sea interpretado conforme a lo expuesto en el fundamento 19 de la referida sentencia, el mismo que establece:

19. Ello, sin embargo, no puede suponer la extinción de las relaciones laborales entre dichos trabajadores y sus entidades de origen, las cuales deben considerarse plenamente subsistentes. Por tanto, este Tribunal Constitucional considera que, en el caso de los servidores que no ingresaron por concurso público a las plazas de los OCI (contratos temporales, contrato sujeto a modalidad, contrato administrativo de servicios u otros), no se evidencia que la disposición impugnada vulnere el artículo 27 de la Constitución, en la medida en que se interprete que:

en los casos de contratos administrativos de servicios, contratos temporales u otros mencionados en el artículo 4 de la Ley 29555, el cese se producirá al vencimiento de contrato o en definitiva al finalizar el respectivo ejercicio presupuestal; y, en el caso de contratos a plazo indeterminado —reiteramos, sin ingreso por concurso público— respecto de plazas de los órganos de control institucional, no se producirá el cese mientras el Poder Legislativo no emita la regulación respectiva que permita solucionar este especial tipo de casos, que no ha sido previsto por el legislador, debiendo ser reasignados dentro de su respectiva entidad estatal asignándoseles funciones que correspondan a su nivel y categoría y tramitando oportunamente las partidas presupuestales necesarias para abonarles su remuneración.

5. En el presente caso, la Contraloría General de la República, mediante escrito de fecha 25 de enero de 2016, informó que, a dicha fecha, no se había realizado acto alguno que pudiera interferir con el presente proceso y que el accionante se desempeñaba como jefe del órgano de control interno institucional de Electrocentro S.A. Por su parte, Electrocentro S.A., mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2017, informó que con el demandante no mantenía vínculo laboral alguno dado que el 13 de setiembre del año en curso se le comunicó el cese de sus labores en mérito a lo dispuesto por el Segundo Juzgado Especializado de Trabajo de Huancayo mediante Resolución 11, la cual declaró fundada la oposición a la medida cautelar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC
JUNÍN
AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

que presentó el recurrente en el marco del proceso de reposición que sigue contra la referida empresa (Exp. 02383-2016-89-1501-JR-LA-01). Finalmente, con fecha 30 de octubre de 2017, el recurrente informó que en la actualidad no se encuentra laborando en Electrocentro S.A.

En vista de lo anterior, esta Sala del Tribunal advierte lo siguiente:

- 
- a) Mediante Resolución de Contraloría 029-2016-CG, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2016, se designó a doña Gladys Mandujano de Olivera como Jefa del Órgano de Control Institucional de Electrocentro S.A, por lo cual, mediante Memorando GR-418-2016, de fecha 27 de abril de 2016, el recurrente fue asignado en el cargo de Jefe del Fondo de Inclusión Social Energético de la referida empresa.
 - b) El recurrente interpuso una demanda de reposición ante el Segundo Juzgado de Trabajo de Huancayo buscando ser repuesto en el cargo de Jefe de OCI, sin embargo, dicha pretensión luego fue variada por la reposición en el cargo de Gerente de Administración y Finanzas. Asimismo, interpuso otra demanda de reposición con la misma pretensión, por lo cual ambas fueron acumuladas por el referido juzgado. Este proceso, tal y como lo ha referido el propio demandante, actualmente se encuentra en trámite.
 - c) Con fecha 12 de setiembre de 2016, la emplazada comunicó al demandante su despido por presuntamente haberse acreditado que cometió una grave falta al haber cobrado cupos al personal contratado del OCI para renovarles sus contratos laborales.
 - d) Esta decisión fue suspendida como producto de una medida cautelar otorgada a favor del demandante en el proceso laboral que sigue contra la demandada, no obstante, la misma fue revocada por el superior jerárquico, por lo que Electrocentro S.A. procedió a dejar sin efecto el vínculo laboral con el demandante el 13 de setiembre de 2017.
6. En virtud de lo expuesto, esta Sala del Tribunal advierte que, conforme a lo resuelto en el Expediente 00006-2012-PI/TC, Electrocentro S.A. no cesó la relación laboral con el demandante sino que cumplió con reasignarlo en otro cargo (Jefe del Fondo de Inclusión Social Energético). En ese sentido, si bien es cierto que posteriormente la referida empresa ha dejado sin efecto el vínculo laboral con don Amadeo Lizardo Valdivia Pacheco, lo cierto es que ello se debió a la comisión de una falta grave – aspecto que viene siendo ventilado en la vía ordinaria laboral– y no por una aplicación de la Ley 29555 contraria a la interpretación dispuesta por este Tribunal por parte de la demandada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC
JUNÍN
AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

7. Por lo expuesto, declaramos que en el presente caso no se ha acreditado la amenaza de violación de los derechos fundamentales alegados por el accionante. Por lo tanto, no procede estimar la presente demanda.

Por estos fundamentos, estimamos que debe declararse **INFUNDADA** la demanda de amparo.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ**

Lo que certifico:



Janeí Otárola Santillana
JANEÍ OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC
JUNÍN
AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez, en tanto y en cuanto, conforme a lo resuelto en la sentencia recaída en el expediente 0006-2012-PI/TC, Electrocentro S.A. no cesó la relación laboral con el demandante sino que cumplió con reasignarlo en otro cargo. Más aun, y si bien se dejó sin efecto su vínculo laboral por la comisión de una falta grave, ello viene siendo cuestionado en la vía ordinaria laboral. En consecuencia, considero que debe declararse **INFUNDADA** la demanda.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que permito

JANET COTROLA CANTILLANA
Secretaria de la Sala de Junta
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC
JUNÍN
AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI
EN EL QUE OPINA QUE SE DECLARE FUNDADA LA DEMANDA Y,
EN CONSECUENCIA, SE INAPLIQUE LA LEY 29555, LEY QUE
IMPLEMENTA LA INCORPORACIÓN PROGRESIVA DE LAS PLAZAS Y
PRESUPUESTO DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL INSTITUCIONAL A
LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, discrepo del voto de mayoría que declara infundada la demanda de amparo. A mi juicio, debe declararse fundada la demanda e inaplicarse al actor la Ley 29555, en cuanto dispone la incorporación del personal de los órganos de control institucional de las entidades del Sector Público a la Contraloría General de la República, por cuanto considero que los artículos 3, inciso 2 y 7 de la Ley 29555, transgreden los contenidos normativos, de, entre otros, el artículo 1 (persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado); el artículo 2, inciso 15 (derecho al trabajo); 26, inciso 2 (irrenunciabilidad de derechos laborales) y 62 (libertad de contratar) de la Constitución Política del Perú.

Las razones de mi discrepancia en cuanto a la constitucionalidad de la Ley 29555 aparecen extensamente expuestas en el voto singular que emití en el Expediente 0006-2012-PI/TC, a cuyo texto me remito y el cual reproduzco en parte en los términos siguientes:

Posición puntual respecto a la constitucionalidad de la Ley 29555

1. La Ley 29555, Ley que Implementa la Incorporación Progresiva de las Plazas y Presupuesto de los Órganos de Control Institucional a la Contraloría General de la República, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de julio de 2010, tiene como objeto, conforme lo dispone su artículo 1, establecer las normas que regulan la incorporación progresiva de las plazas y el presupuesto de los órganos de control institucional a la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo previsto en la décima tercera disposición final de la Ley 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010, a efectos de “[...] consolidar la independencia y autonomía del órgano de control institucional en el ejercicio del control gubernamental en las entidades a su cargo.” (Véase parte final de su artículo 1).
2. En virtud de su objeto, la citada ley ha implementado un proceso de incorporación de las plazas y presupuesto de los órganos de control institucional de las entidades a la Contraloría General de la República, que, según su artículo 3, se realizaría de manera progresiva en dos (2) etapas a partir del año 2011, las cuales comprenden:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC
JUNÍN
AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

Etapa I: Incorporación de plazas de los jefes de los órganos de control institucional.

Etapa II: Incorporación de plazas del personal auditor, especialista y administrativo.

En ese sentido, por mandato de la ley, las entidades en las que presta servicios el personal de los órganos de control institucional disponen las acciones de cese o de resolución contractual de dicho personal, según corresponda, previo requerimiento de la Contraloría General de la República, precisando finalmente tal norma que el pago de la liquidación de los derechos y beneficios corresponde efectuarlo a las entidades de origen (véase parte final de su artículo 3).

3. Es decir, la ley bajo comentario ha creado un proceso paulatino de traslado e incorporación de los jefes, del personal auditor, de los especialistas y del personal administrativo de los órganos de control institucional (OCI) de las entidades públicas sujetas al Sistema Nacional de Control, previstas en el artículo 3 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, a la Contraloría General de la República. Todo ello, con la finalidad de, según señala, consolidar la independencia y autonomía de este último órgano constitucional autónomo.
4. En la norma subyace entonces la idea de que incorporar al personal de las OCI de las diversas entidades sometidas al Sistema Nacional de Control a la Contraloría General de la República desvincula a este personal de la entidad de origen y, por tanto, refuerza la independencia y autonomía de la Contraloría General de la República. Se cree así, que por el hecho de contar con plaza y presupuesto en la entidad de origen el personal de la Contraloría no podrá realizar con total independencia, autonomía, probidad, objetividad, transparencia, rigurosidad ni profesionalismo las funciones que nuestra Constitución le ha encomendado a dicha institución, entre las que se encuentran la de supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (véase el artículo 82 de la Constitución).
5. Tal postura revela una filosofía que bien podría calificarse de inconstitucional, que apuesta por la desconfianza en la persona y en su libertad, en abierta pugna con la posición humanista y que opta por reevaluar al ser humano y no devaluarlo, que inspira y está consagrada en la Carta Magna y recogida en su artículo 1, que entiende a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado, y en el catálogo de derechos fundamentales que contiene el artículo 2 de la misma. En tal sentido, hay en toda esta ley una inspiración de cuestionable sustento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC

JUNÍN

AMADEO LIZARDO VALDIVIA

PACHECO

constitucional por la lógica y la racionalidad que subyace en ella y que la convierte en una normativa con visos de inconstitucionalidad en su conjunto.

6. Sin embargo, como lo dije, esa no ha sido la posición de la sentencia de mayoría dictada en el Expediente 006-2012-PI/TC que, para desestimar la demanda, ha variado el eje de preocupación y el ángulo de la observación que competen a un Juez Constitucional, pues en esta no se ha buscado garantizar la primacía normativa de la Constitución ni la vigencia efectiva de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados, eje propio de la Justicia Constitucional, sino que la preocupación ha sido la de ordenar el Sistema Nacional de Control y dotar de una supuesta autonomía e independencia a la Contraloría General de la República, sin reparar en que aquel jefe, auditor, especialista o administrativo del OCI que realice su trabajo sin independencia, autonomía, probidad, objetividad, transparencia ni profesionalismo, lo hará sin importar en qué entidad se encuentre su plaza. Del mismo modo, el ángulo de observación no se ha dado a partir de la Constitución y de los valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que ella encierra, que repito, ponderan a la persona humana y propugnan respeto por su dignidad, sino que, por el contrario, el ángulo de observación se ha dado básicamente a partir de la ley impugnada, sin advertirse cuál ha sido la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente.

La igualdad entre trabajadores

7. La incorporación directa, vía transferencia, a la Contraloría General de la República del personal de los OCI que hubiesen ingresado por concurso público de méritos, establece una diferenciación inconstitucional con relación al resto de los servidores de los OCI, cualquiera sea la modalidad por la que hubieren accedido a la plaza (designación, reincorporación o incluso concurso público para ocupar una plaza en cualquier otra área y luego rotado al OCI, etc.), toda vez que estos últimos se encuentran excluidos de dicha transferencia. La regulación de las citadas normas ha dado lugar a la configuración de dos situaciones jurídicas diferenciadas:
- De un lado, la situación jurídica de los servidores de los OCI que accediendo a una plaza mediante mecanismos diferentes al concurso público de méritos a los que se les excluye de la transferencia a la Contraloría General de la República.
 - De otro lado, la situación jurídica de los servidores de los OCI que accedieron a una plaza mediante concurso público de méritos y que serán transferidos a la Contraloría General de la República.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC

JUNÍN

AMADEO LIZARDO VALDIVIA

PACHECO

8. A mi juicio, no resulta razonable ni proporcional, además de rayar con lo arbitrario, que se realice un tratamiento diferenciado a aquel personal de los OCI que no ingresó por concurso público a la entidad, pues en principio, tal postura niega la existencia del principio de primacía de la realidad y la figura de la desnaturalización de los contratos, que dotan de estabilidad jurídica al trabajador. Del mismo modo, no resulta razonable ni proporcional que se dé un trato diferenciado a aquellos que accedieron a la plaza por otra modalidad, sea, por ejemplo, por reincorporación o reubicación laboral o incluso por concurso público de méritos para otra área dentro de la entidad y que finalmente fueron rotados al OCI.
9. Por lo demás, resulta un contrasentido y una aporía que en la Ley 29555 subyaga la idea de dotar de independencia y autonomía a la Contraloría General de la República incorporando en esta al personal de las OCI de las instituciones sujetas a control, cuando no permite la incorporación de todo el personal sino tan solo de aquel que ingresó al OCI por concurso público de méritos.

La modificación legal de los términos contractuales

10. De otro lado, una vez establecidas las cláusulas de los contratos, estas son intangibles frente a la ley u otras disposiciones y permanecen inalterables hasta que las partes convengan lo contrario. La ley no puede modificar una situación jurídica subjetiva nacida con anterioridad a su promulgación. La intangibilidad de los términos contractuales frente a las leyes se instituye como una excepción al principio de la aplicación inmediata de las normas, en la medida que posibilita que los derechos establecidos en los contratos bajo el amparo de una norma se mantengan en el tiempo, aun cuando esta sea derogada o modificada por una norma posterior.
11. La intangibilidad de los términos contractuales rige tanto para los denominados contratos-ley como para los contratos ordinarios, entre los que se incluyen a los contratos laborales (Sentencia 2670-2002-PA/TC, fundamento 3). En términos similares, el Tribunal Constitucional tiene establecido que “[...] de una interpretación sistemática de los párrafos del artículo 62 de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato – ley, sino que – en general – todo término contractual, no puede ser modificado por ley u otras disposiciones de cualquier clase” (Sentencia 0003-2004-AI/TC, fundamento 13).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC
JUNÍN
AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

12. Con relación a la intangibilidad de los términos de los contratos laborales, el Tribunal Constitucional, a través de su reiterada jurisprudencia, ha establecido que, salvo en el caso de que el trabajador haya aceptado expresamente la modificación de su régimen laboral, la ley no puede convertir un régimen público en uno privado, ya que, en primer lugar, no tiene efectos retroactivos; y, en segundo lugar, porque de no mediar aceptación expresa, implicaría la violación del artículo 62 de la Constitución, que garantiza que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes.
13. El artículo 7 de la Ley 29555 dispone la transferencia del personal de los OCI al ámbito de la Contraloría General de la República “[...] independientemente de su régimen laboral”, así como la liquidación “en sus derechos y beneficios”. Por su parte, el artículo 36 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, señala que “el personal de la Contraloría General se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada”. En ese sentido, con relación al personal de los OCI que forman parte de la carrera administrativa, es evidente que la ley objetada afecta la intangibilidad de los términos contractuales en la medida que permite la modificación del régimen laboral público en uno privado, más aún, si ello se produce sin el consentimiento del trabajador. Con relación al personal que aún forma parte del régimen laboral privado, si bien no se produce la modificación del régimen laboral, sí se afecta la intangibilidad de los términos contractuales, en la medida que permite la liquidación de los derechos y beneficios y la sujeción a la organización y condiciones laborales de una nueva entidad, sin consentimiento previo del trabajador.

Intervención en la libertad de trabajo

14. El artículo 2, inciso 15, de la Constitución establece que toda persona tiene derecho “a trabajar libremente, con sujeción a la ley”. En efecto, toda persona tiene derecho a la elección del tipo de trabajo que quiere realizar, así como a aceptar, rechazar o cambiar aquel, en función de sus aptitudes y proyectos de vida. Ello supone la capacidad de elegir libremente el grado de dedicación al trabajo, prever la capacitación necesaria, conocer los beneficios y riesgos que implica la ejecución de cierto tipo de trabajos, a fin de poder satisfacer necesidades personales, familiares, etc. En términos similares, el Tribunal Constitucional tiene dicho que esta disposición constitucional reconoce “el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo” (Sentencia 00661-2004-AA/TC, fundamento 5).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC
JUNÍN
AMADEO LIZARDO VALDIVIA
PACHECO

15. El artículo 7 de la Ley 29555 establece que el personal de los OCI que ha ingresado por concurso público de méritos a las plazas correspondientes será transferido a la Contraloría General al margen de su régimen laboral público o privado. Al respecto, considero que dicha disposición es inconstitucional porque la transferencia a la Contraloría General de la República impone el inicio de una relación laboral distinta a la elegida e inicialmente aceptada por el trabajador, sujeta al régimen laboral y a las condiciones laborales propias de la nueva entidad, lo cual vulnera la libertad de trabajo en su expresión de la facultad que tiene toda persona de elegir el tipo de trabajo que quiere realizar y que mejor responda a sus expectativas.

El sentido de mi voto

Toda vez que el demandante solicita la inaplicación de la Ley 29555, por amenazar sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a no ser discriminado, al trabajo y a la libertad contractual, por las razones expuestas mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, se inaplique al actor la Ley 29555, debiendo la Contraloría General de la República abstenerse de realizar cualquier tipo de requerimiento y/o disponer el cese o la resolución de la relación contractual que tiene el recurrente como jefe del Órgano de Control Institucional de la empresa Electrocentro S.A.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC

JUNIN

AMADEO

LIZARDO

VALDIVIA

PACHECO

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 00390-2013-PA/TC

JUNIN

AMADEO

LIZARDO

VALDIVIA

PACHECO

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 00390-2013-PA/TC

JUNIN

AMADEO

LIZARDO

VALDIVIA

PACHECO

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00390-2013-PA/TC

JUNIN

AMADEO

LIZARDO

VALDIVIA

PACHECO

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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