SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de agosto de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Miranda Canales y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Piero Francisco Hurtado Arnao contra la resolución de fojas 218 del cuaderno de apelaciones, de fecha 1 de setiembre de 2015, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de abril de 2015, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Tambopata SA (EPS Emapat SA) Solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue víctima el 23 de febrero de 2015 y que se ordene su reposición en el puesto de profesional especialista en formulación de proyectos de inversión pública, cargo que tenía antes de asumir el puesto de confianza de gerente de operaciones, más el pago de las remuneraciones devengadas y los costos del proceso. Refiere que, en los hechos, el cargo que tenía antes de asumir la referida gerencia era uno de naturaleza permanente; no obstante, se lo cesó con el argumento del retiro de la confianza, cuando le correspondía retornar a su plaza de origen. Alega la violación de sus derechos al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

El representante de la empresa demandada propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa, de incompetencia por razón de la materia y de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y contesta la demanda afirmando que la relación laboral con el recurrente finalizó al haberse dejado sin efecto la resolución mediante la cual se lo designó en el cargo de confianza de gerente de operaciones, y que el cargo de formulador de proyectos de inversión pública que el demandante sostiene que ha desempeñado no está considerado en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) ni en el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la entidad, en la cual no existe ninguna Oficina de Proyectos de Inversión (OPI). Asimismo, argumentó que el proceso de amparo no resulta la vía idónea para invocar los supuestos de despidos incausados, conforme al precedente establecido por este Tribunal Constitucional en la Sentencia 00206-2005-PA/TC.

El Primer Juzgado Mixto de Tambopata, con fecha 16 de junio de 2015, declara infundadas las excepciones propuestas y saneado el proceso constitucional y, con fecha 13 de julio de 2015, declara fundada la demanda, por estimar que el recurrente ha acreditado la simulación o fraude laborales de los contratos de locación de servicios celebrados con la entidad emplazada, por lo que deben ser considerados como de duración indeterminada; en tal sentido, solo podía ser despedido por causa justa o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso.

La Sala superior revisora, con fecha 1 de setiembre de 2015, revocó la resolución apelada y declaró fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia. Asimismo, dispuso la reconducción de la demanda al juzgado ordinario laboral, de conformidad con el "Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral", que dispuso que los jueces de trabajo están facultados para conocer una pretensión de reposición al amparo de la Ley 26636. Asimismo, señaló que el juzgado mixto que conoció la causa debe tener presente lo resuelto en la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, y que carece de objeto pronunciarse respecto de las otras excepciones propuestas por la parte demandada.

El demandante, con fecha 23 de setiembre de 2015, interpone recurso de agravio constitucional solicitando que el Tribunal Constitucional declare infundada la excepción de incompetencia por razón de la materia y disponga que el proceso continúe su trámite.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa

1. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que el proceso de amparo es la vía idónea para tutelar el derecho al trabajo frente al despido incausado del personal sujeto al régimen laboral de la actividad privada (Sentencia 0206-2005-PA/TC), más aun cuando, la remisión de la demanda al juez ordinario laboral no guarda correspondencia con una tutela igualmente satisfactoria de los derechos fundamentales invocados, por cuanto la demanda data del 23 de abril de 2015 (fojas 124) y viene tramitándose más de 3 años, razón por la cual corresponde desestimar la excepción de incompetencia por razón de la materia y emitir un pronunciamiento sobre fondo.

Delimitación del petitorio

2. El demandante pretende que se ordene su reposición al cargo de Especialista en formulación de proyectos de inversión, el cual desempeñó antes de ocupar el cargo de confianza de gerente de operaciones, con el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y los costos del proceso. Se alega la violación de los derechos constitucionales al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Análisis de la controversia

3. 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".

4. Este Tribunal Constitucional, en la Sentencia 03501-2006-PA/TC, ha considerado que los trabajadores que asumen un cargo de dirección o de confianza están supeditados a la confiabilidad del empleador en sus funciones. En ese caso, el retiro de dicha confianza puede ser invocado por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos. Asimismo, ha precisado que, si el trabajador realizó inicialmente labores comunes y posteriormente fue promocionado para desempeñar un cargo de confianza, al retirársele la confianza depositada debe retornar a realizar las labores comunes anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su despido de la institución.

5. De lo actuado, ha quedado acreditado que el último cargo ejercido por el recurrente es el de gerente de operaciones, el cual fue considerado como de confianza, conforme consta, entre otros documentos, en la Resolución de Gerencia General 007-GG-EPS EMAPAT S.A., de fecha 16 de febrero de 2016 (foja 84), y no existe sobre dicha calificación controversia alguna. Siendo ello así, corresponde determinar si el demandante, antes de ser designado en el referido cargo, tenía la condición de trabajador sujeto a una relación laboral de naturaleza indeterminada.

6. En ese sentido, en el presente caso se debe establecer si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerado un contrato de trabajo, porque, de ser así, el demandante solo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley. Así, en la Sentencia 01944-2002-AA/TC, se estableció que, mediante el referido principio "[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (fundamento 3).

7. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales al demandante

para la prestación del servicio; f) pago de remuneración al demandante; y g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones, y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.

8. El accionante afirma en su escrito de demanda que ha prestado servicios para la entidad emplazada como profesional especialista en formulación de proyectos de inversión pública desde el 10 de octubre de 2011 hasta el 27 de agosto de 2013, y que a partir del 28 del referido mes fue designado como gerente de operaciones, cargo calificado como de confianza. Sostiene que suscribió contratos de naturaleza civil (locación de servicios) y que tales contratos se han desnaturalizado convirtiéndose en un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Para acreditar su aserto, anexa los contratos celebrados con la parte emplazada, órdenes de servicio, memorandos, informes, constancia de trabajo y recibos por honorarios fedateados por la municipalidad emplazada (fojas 3 a 83).

9. De los documentos a los que se ha hecho referencia en el fundamento 10 *supra*, se advierte lo siguiente:

   - En el contrato de locación de servicios profesionales de fecha 10 de octubre de 2011 (foja 3) se consigna que se contrata al recurrente bajo la modalidad de locación de servicios para que se encargue de la "**FORMULACIÓN DE LOS PROYECTOS** de la Oficina de Proyectos de EMAPAT S.R.L.". Asimismo, se le encarga realizar "otras labores concerniente a su cargo" (Cláusula segunda). Dicho objeto del contrato contraviene la naturaleza civil del contrato de locación de servicios, pues en los hechos se le encarga al accionante que elabore los proyectos que justamente son responsabilidad de la mencionada Oficina de Proyectos, además de establecer la posibilidad de poder asignarle cualquier otra tarea "concerniente a su cargo".
   - Similar desnaturalización se observa en el contrato de locación de servicios de fecha 1 de mayo de 2012 (foja 22), en el que se le contrata para realizar, entre otras labores, "otras funciones inherentes a la Gerencia de Operaciones, que se le asignen".
   - La subordinación queda acreditada, entre otros documentos, con el memorando 047-2012-G.C-EPS EMAPAT SRL, de fecha 27 de setiembre de 2012 (foja 27), en el cual se lo convoca a una reunión sobre el rendimiento del personal a su cargo (foja 27); y con los memorandos 0281-2013-GO-EPS EMAPAT SRL, de fecha 16 de abril de 2013 (foja 52), 0315-2013-GO-EPS EMAPAT SRL, de fecha 3 de mayo de 2013 (foja 58) y 0425-2013-GO-EPS EMAPAT SRL, de fecha 6

de junio de 2013 (foja 59), mediante los cuales se le encarga la Supervisión de la Obra "Mejoramiento del Catastro Comercial de la EPS EMAPAT SRL en el Distrito de Tambopata", la Jefatura de Obras y Proyectos y la Unidad Formuladora de la Jefatura de Obras y Proyectos, respectivamente, por lo que se certifica la integración del recurrente en la estructura organizacional de la emplazada.

- También la desnaturalización de los contratos del recurrente queda evidenciada con la constancia de trabajo de fecha 24 de diciembre de 2014 (foja 82), en la cual se consigna que el recurrente "viene laborando en esta Empresa (...) del 10 de Octubre de 2011 al 27 de Agosto de 2013, desempeñando como Profesional Especialista a cargo de la Formulación de Proyectos de Inversión Pública (PIP) y otras por encargo de la Gerencia de Operaciones y de la Gerencia Comercial". Es más, en dicho documento se señala expresamente que el demandante se debía "reincorporar a su Cese del cargo de Gerente de Operaciones e Ingeniería, a su plaza de origen como Profesional Especialista-Formulador de Proyectos de Inversión Pública (PIP)".
- Por otro lado, a fojas 12, 17, 28, 33, 39, 45, 53, 61, 66 y 73 de autos, obran los recibos de pago girados por la entidad emplazada, mediante los cuales se acredita que el recurrente ha recibido una retribución económica por los servicios prestados.

10. Los medios probatorios arriba mencionados acreditan que la supuesta relación civil que existió entre ambas partes en realidad encubrió una relación laboral, pues se demuestra la existencia de la prestación de servicios personales, subordinados y remunerados.

11. Por ello, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, el Tribunal Constitucional debe concluir que entre el demandante y la EPS Emapat SA existió una relación laboral a plazo indeterminado. Por esta razón, para el cese del actor debió imputarse una causa relativa a su conducta o capacidad laboral que lo justifique, otorgándole los plazos y derechos a fin de que haga valer su defensa, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

12. Con relación a las remuneraciones dejadas de percibir, este Tribunal Constitucional ha establecido que dicha pretensión, al no tener naturaleza restitutoria, debe declararse improcedente.

13. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo y a la adecuada protección contra

el despido arbitrario, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando hasta antes de ser designado en el cargo de Gerente de Operaciones 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.

14. De otro lado, y de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.

2. **ORDENAR** a la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Tambopata SA (EPS Emapat SA) que reponga a don Piero Francisco Hurtado Arnao como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando hasta antes de ser designado como gerente de operaciones o en otro de igual o similar categoría o 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.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a las remuneraciones dejadas de percibir.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00454-2016-PA/TC
MADRE DE DIOS
PIERO FRANCISCO HURTADO ARNAO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar algunas precisiones sobre el precedente Elgo Ríos, el cuál pasaré a explicar:

Sobre la aplicación del Precedente Elgo Ríos

1. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:

    a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).

    b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.

2. En el caso de autos, a la fecha de interposición de la demanda (23 de abril de 2015), no se encontraba vigente en el distrito judicial de Madre de Dios, la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497. Por lo que no puede hablarse de la existencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo.

S.

MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

> debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2°, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59°; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61° de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que "la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario", se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario,* englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

> Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado.*

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como "sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón", lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

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

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

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

EXP. N.° 00454-2016-PA/TC
MADRE DE DIOS
PIERO FRANCISCO HURTADO ARNAO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estimo que la demanda de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, pues en la medida que el recurrente no ingresó a laborar mediante un concurso público de méritos no corresponde disponerse su inmediata reincorporación, sino más bien que debe reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que se solicite la indemnización que corresponda. 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 (...)".

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 cuanto para la realización de actividades empresariales el Estado destina fondos del erario público.

8. En el presente caso el demandante alega haber sido víctima de un despido arbitrario por parte de la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Tambopata SA (EPS Emapat SA), por lo cual solicita que se deje sin efecto el mismo y se ordene su reposición en el puesto de profesional especialista en formulación de proyectos de inversión pública o en otro de similar categoría. Empero, si bien se ha configurado un despido arbitrario, de autos no consta que el recurrente hubiese ingresado a laborar por un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Por lo tanto, a mi consideración no cabe disponerse su inmediata reincorporación, sino que debe reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que la recurrente solicite la indemnización que le corresponda.

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo y proceder conforme a lo dispuesto en el fundamento 8 *supra*.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al "derecho de estabilidad en el trabajo", como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la "*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*". Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo[1].

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa[2].

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.

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].

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización [3].

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

[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).

> sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

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

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente[4].

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:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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