



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ÁNCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de agosto de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención del magistrado Urviola Hani, y el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, que se han aprobado en la sesión del Pleno del día 22 de agosto de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Miguel Díaz Maguiña contra la sentencia de fojas 180, de fecha 9 de junio de 2015, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de junio de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Carhuas en la que solicita que se ordene su reposición laboral en el cargo de agente de serenazgo. Sostiene que laboró desde el 12 de noviembre de 2010 hasta el 5 de marzo de 2014, fecha en que le ponen de conocimiento la carta 012-2014-MPC/A, la cual señala que la conclusión del plazo contractual será indefectiblemente el 28 de febrero de 2014. Manifiesta haber laborado en virtud de contratos de prestación de servicios no personales, adendas y sin contrato, bajo subordinación, ininterrumpidamente, desarrollando una función de carácter permanente, con un horario y una remuneración. Por ello, considera que, en los hechos, se desnaturalizó dicha relación y se generó una relación laboral de naturaleza indeterminada. En consecuencia, debió existir una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral para que pudiera ser despedido. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo, a la defensa y al debido proceso.

El procurador público de la municipalidad emplazada propone la excepción de falta de agotamiento de las vías previas y contesta la demanda aduciendo que el demandante se desempeñó como agente del proyecto implementación del servicio de seguridad ciudadana, el cual se maneja con un presupuesto que se asigna semestralmente y cuyo régimen es distinto a los Decretos Legislativos 728 y 276.

El alcalde de la municipalidad emplazada contesta la demanda indicando que se ha tenido en cuenta únicamente el plazo de vigencia del contrato del actor para su cese. Agrega que el actor laboró para un proyecto especial y que dicho proyecto maneja un presupuesto que se asigna semestralmente y depende de la información final del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01088-2016-PA/TC

ÁNCASH

LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

responsable del proyecto con el requerimiento respectivo; asimismo, se estaría generando un desbalance presupuestal muy peligroso para la entidad.

El Juzgado Mixto de Carhuaz, con fecha 14 de octubre de 2014, declara infundada la excepción propuesta y con fecha 13 de noviembre de 2014, declara fundada en parte la demanda por estimar que el actor solo podía ser despedido por una causa justa prevista en la ley, lo cual no ha sucedido. Asimismo, indica que mediante sentencia del Expediente 02273-2008-PA/TC se ha reconocido que los trabajadores del serenazgo prestan servicios de manera permanente y no eventual.

La Sala superior competente revocó la apelada y declaró improcedente la demanda por estimar que el propio demandante ha reconocido que se encuentra bajo los alcances del artículo 1 de la Ley 24041, por lo que la vía procedimental específica igualmente satisfactoria para proteger sus derechos laborales es el proceso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando (obrero serenazgo), ya que habría sido objeto de un despido, lesivo de su derecho constitucional al trabajo.

Procedencia de la demanda

2. En la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC, publicada el 20 de julio de 2016 en el portal web institucional, este Tribunal precisó los alcances del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, señalando que este solamente será aplicable a los casos en los que la plaza en la que laboraba la parte demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública, en mérito a que no tendría sentido exigir el empleo de criterios meritocráticos cuando no se requiere tomar en cuenta estas consideraciones frente a quienes no son parte de la carrera administrativa (cfr. fundamentos 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC).
3. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera administrativa (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la contratación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ÁNCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

administrativa de servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).

4. Por estos motivos, este Tribunal precisó que, para que sean aplicables las reglas del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, es necesario que el caso en cuestión presente las siguientes características:
 - a. El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.
 - b. Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).
5. En el presente caso, la parte demandante reclama la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil, cumpliéndose así con el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta. Sin embargo, el pedido de la parte demandante es que se ordene su reposición en el puesto de obrero (serenazgo), esto es, en un cargo en el que claramente no hay progresión en la carrera (ascenso). Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.
6. En consecuencia, y al no ser aplicable el precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, este Tribunal se abocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si el recurrente fue objeto de un despido.

Análisis del caso concreto

Argumentos de la parte demandante

7. El demandante afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de su derecho constitucional al trabajo, debido a que, si bien estuvo sujeto a una relación civil, en los hechos prestó servicios a través de una relación laboral a plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedido por causa relacionada con su capacidad o conducta laboral.

Argumentos de la parte demandada

8. El procurador público de la municipalidad emplazada propone la excepción de falta de agotamiento de las vías previas y contesta la demanda aduciendo que el demandante se desempeñó como agente del proyecto instalación del servicio de seguridad ciudadana, el cual es un proyecto que se maneja con un presupuesto que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ÁNCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

se asigna semestralmente y cuyo régimen es distinto a los Decretos Legislativos 728 y 276. Por su parte, el alcalde de la municipalidad emplazada indica que se ha tenido en cuenta únicamente el plazo de vigencia del contrato, el cual había vencido.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

9. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; mientras su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
10. Conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, el personal obrero de las municipalidades se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada.
11. En el presente caso se debe determinar si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerada 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 emitida en el Expediente 1944-2002-AA/TC se estableció que, mediante el referido principio, “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (fundamento 3).
12. 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.
13. En el presente caso, se observa que el demandante prestó servicios para la entidad emplazada de octubre a diciembre de 2010 y del 1 de agosto de 2011 a febrero de 2014 como serenazgo de la Municipalidad Provincial de Carhuaz (folios 22 a 68), por lo que este último periodo ininterrumpido será objeto de análisis y se examinará si se desnaturalizó la relación laboral del recurrente.
14. De los medios probatorios ofrecidos, se observa que la Resolución de Alcaldía 077-2012-MPC/A, de fecha 21 de febrero de 2012 (folio 71), reconoce al demandante como trabajador de agente de seguridad. Dicha resolución lo reconoce, agradece y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01088-2016-PA/TC

ÁNCASH

LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

felicita por su destacada labor en la planificación, organización y ejecución del proceso electoral del alcalde y regidores del Centro Poblado Pampacancha. De otro lado, de sus contratos (folios 24 a 36), se corrobora cuáles eran las funciones y responsabilidades que tenía y que debía percibir un pago mensual por sus servicios. Finalmente, de sus recibos por honorarios (folios 40 a 68), se corrobora que percibía un pago mensual.

15. Habiéndose determinado que la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral debido a la existencia de prestación de servicios remunerados, subordinados y sujetos a un horario de trabajo, se concluye que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias que se pretende dar con las relaciones civiles. Por ello, la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral debido a la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.
16. En mérito a lo expuesto, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, toda vez que la relación contractual que mantuvieron la parte demandante y la emplazada se ha desnaturalizado. Por esta razón, para el cese 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.

Efectos de la sentencia

17. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando 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.
18. 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.
19. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, este Tribunal considera pertinente señalar que, cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto de cada una de dichas entidades, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ÁNCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

20. En estos casos, la Administración Pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7 del Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente: “El procurador público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado”.
21. Con la opinión del procurador público pueden evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión buscada es estimable según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional) o proseguir con el proceso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, toda vez que se ha acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la defensa. En consecuencia, es **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Provincial de Carhuaz que reponga a don Luis Miguel Díaz Maguiña como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando 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.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01088-2016-PA/TC

ANCASH

LUIS MIGUEL DIAZ MAGUIÑA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI
EN EL QUE OPINA QUE EN EL CASO DE AUTOS NO CORRESPONDE
APLICAR EL PRECEDENTE ELGO RÍOS NI CITAR EL DENOMINADO
PRECEDENTE HUATUCO**

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda en los términos expuestos en la parte resolutive, discrepo de los fundamentos 2, 4 y 6 de dicha resolución en cuanto cita la sentencia recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC, por cuanto conforme a las consideraciones que desarrollé extensamente en el voto singular que emití en dicha oportunidad y al que me remito en su integridad, el proceso de amparo es la vía idónea para la tutela del derecho al trabajo frente al despido arbitrario de los trabajadores del sector público aun cuando no hayan ingresado por concurso público. Esto, en aplicación del principio de primacía de la realidad.

S.

BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01088-2016-PA/TC

ÁNCASH

LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

El artículo 27 de la Constitución dice:

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

El acceso al empleo estatal, de todos, se rige por el principio meritocrático. Así lo manda la Constitución, la ley y el TC.

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso estimo que la demanda de amparo debe declararse **IMPROCEDENTE**, dado que los trabajadores municipales del serenazgo no son obreros, sino empleados debido a las labores complejas que realizan; y porque la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC (caso Cruz Llamos) al no constituirse en precedente o doctrina jurisprudencial, carece de fuerza vinculante para inaplicar o cambiar el precedente Huatuco. Mis razones son las siguientes:

Los trabajadores municipales del serenazgo no son obreros sino empleados

1. En mi opinión, no es aplicable a los autos los criterios del caso Cruz Llamos porque el personal de serenazgo no tiene la categoría de “obrero”. En función a las labores que desempeñan ellos son empleados y pertenecen al régimen laboral de la actividad pública, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades.
2. El personal de serenazgo también realiza labores administrativas en la ejecución de sus servicios, pues se encarga de registrar sus intervenciones y de redactar informes de las ocurrencias en el que participa. Si realizan labores administrativas, entonces, deben ser considerados como “empleados”. Así es como viene razonando el Tribunal Constitucional en el caso de los almaceneros de las municipalidades, donde se asume que tienen la categoría de empleados porque realizan “acciones administrativas” (véanse los Expedientes 04533-2013-PA/TC, 04126-2013-PA/TC, 03880-2013-PA/TC, 02508-2013-PA/TC, 02270-2013-PA/TC, 02121-2013-PA/TC, 01473-2013-PA, 00663-2013-PA, entre otros).
3. Por otro lado, se debe tener presente que el personal municipal de serenazgo no ejerce una actividad puramente física ni mecánica, semejante a los servicios que prestan los trabajadores de jardinería, de limpieza o de guardianía de las municipalidades; sino que, además del esfuerzo físico, ellos también necesitan de **habilidades intelectuales** para ejercer sus funciones adecuadamente. Sus mismas responsabilidades así lo exigen. Incluso hacen uso de tecnologías específicas y se capacitan sobre seguridad ciudadana y derechos del ciudadano.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

4. El serenazgo hace tipificaciones de las intervenciones que realiza; coordina la planificación y ejecución de operaciones de ronda y patrullaje general con la Policía Nacional del Perú; desarrolla acciones de prevención y disuasión de actos delictivos; supervisa la seguridad de los espacios públicos; brinda atención y asistencia a las víctimas de los delitos, faltas o accidentes; presta orientación, información y auxilio a los vecinos, etc. De ahí que, a mi juicio, la función del serenazgo no debe ser considerada como manual, en vista que su labor en la práctica es más compleja y requiere de habilidades más que físicas.
5. Cabe resaltar que la actual ley orgánica de municipalidades no dispone que el personal de serenazgo deba ser considerado obrero. De hecho, en los antecedentes legislativos de la ley orgánica precitada siempre fue considerado en una categoría distinta de la de los obreros:

ARTÍCULO 52 DE LA ANTERIOR LOM, LEY 23853 (año 1984)	ARTÍCULO 52 DE LA ANTERIOR LOM, LEY 23853, MODIFICADO POR LA LEY 27469 (año 2001)	ARTÍCULO 37 DE LA VIGENTE LOM, LEY 27972 (año 2003)
Categorías previstas: <ul style="list-style-type: none">- Funcionarios- Empleados- Obreros- Personal de vigilancia	Categorías previstas: <ul style="list-style-type: none">- Funcionarios- Empleados- Obreros- Personal de vigilancia	Categorías previstas: <ul style="list-style-type: none">- Funcionarios- Empleados- Obreros
Régimen laboral atribuido: <ul style="list-style-type: none">- Todos en el de la actividad pública	Régimen laboral atribuido: <ul style="list-style-type: none">- Funcionarios, empleados y personal de vigilancia en el de la actividad pública- Obreros en el de la actividad privada	Régimen laboral atribuido: <ul style="list-style-type: none">- Todos en el de la actividad pública- Obreros en el de la actividad privada

6. En ese sentido, si bien he suscrito la jurisprudencia de este Tribunal que considera al serenazgo como obrero, considero que se debe reevaluar ese criterio y reconsiderar a estos trabajadores como empleados, por ser lo que corresponde a sus funciones reales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

La sentencia del caso Cruz Llamos no es jurisprudencia vinculante

7. Por otro lado, es necesario mencionar que el caso Cruz Llamos no debe ser aplicado más allá del caso concreto que resolvió, dado que no es precedente ni doctrina jurisprudencial. Es decir, no es una sentencia que sea vinculante, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
8. La referida sentencia pretende pues dejar sin efecto los criterios normativos establecidos en el caso Huatuco sin respetar que este tiene el estatus de precedente y que fue adoptado de conformidad con el artículo VII del citado código.
9. De tal forma que persistir en aplicar el caso Cruz Llamos en lugar del precedente Huatuco carece de base normativa y jurisprudencial. Si no se está de acuerdo con un precedente, no se puede intentar revocarlo con la etiqueta de “precisar” sus alcances. Esto pues debilita la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional.
10. En efecto, más allá que se señale, como hace el fundamento 2 de la sentencia de autos, que el caso Cruz Llamos únicamente ha “precisado” los alcances del precedente Huatuco, lo cierto es que en realidad lo que dicha sentencia pretende es dejarlo sin efecto. Su vocación es deshacer su regla que **es ordenar mediante un criterio unificado la exigencia del concurso público de méritos para los trabajadores que no pertenecen a la carrera administrativa**, sean profesionales, técnicos, obreros, etc. (como lo son los trabajadores públicos del régimen laboral del Decreto Legislativo 728).
11. Esto es importante destacar porque la controversia que resolvió precisamente el precedente Huatuco trató acerca de una trabajadora que se había desempeñado como secretaria judicial de la Corte Superior de Justicia de Junín y que pertenecía al régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 (es decir, no era una trabajadora de carrera), situación que motivó a este Tribunal a esclarecer la obligatoriedad del requisito del concurso público de méritos para acceder a una plaza a tiempo indefinido en el régimen laboral privado del Estado.
12. Por eso, el precedente Huatuco estableció un criterio normativo que está dirigido a los trabajadores del sector público que pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo 728 porque en dicho régimen no es un requisito legal el aprobar un concurso público de méritos, en vista que primigeniamente fue concebido como un régimen para regular los contratos laborales del sector privado y empresarial; pero que, en la medida que luego se autorizó legalmente su aplicación a la Administración Pública (poderes del Estado, ministerios, organismos reguladores,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

municipalidades provinciales, locales, etc.), surgió el problema de si era o no aplicable el concurso público respecto del personal del Estado.

13. De ahí que el Tribunal Constitucional haya establecido como regla vinculante, en relación al acceso a una plaza de duración indeterminada, el concurso público de méritos:

“en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada” (fundamento 18).

Regla que no ha sido más que el producto de delimitar los alcances de la desnaturalización laboral regulados en los artículos 4 y 7 del Decreto Legislativo 728 en la Administración Pública, a partir de una **interpretación sistemática** de las disposiciones de la Constitución que norman la función pública, la carrera administrativa y la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública.

14. Por esta razón, los fundamentos del caso Cruz Llamos confunden a los justiciables y a todos cuando afirman que el precedente Huatuco se ampara en la carrera administrativa como bien jurídico constitucional para preservar el concurso público en los regímenes de la “carrera administrativa”, lo cual no es, de ningún modo, cierto. Lo que hace el precedente es demostrar que, conforme al capítulo de la función pública de la Constitución y a la regulación constitucional de la carrera administrativa, se desprende que la Administración Pública, aunque emplee el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 para vincular a sus trabajadores, no lo convierte en una empresa privada, sino que quedaba claro que los trabajadores estaban igualmente al servicio de la Nación y se regían por el principio del mérito en el acceso a la función pública.
15. Y es que, de hecho, el precedente Huatuco no tiene la intención de referirse a los servidores de carrera como mal afirma el caso Cruz Llamos; por la sencilla razón de que la exigencia del concurso público para este universo de servidores nunca representó una incertidumbre interpretativa para la jurisprudencia constitucional, dado que ellos siempre han ingresado por concurso público y, por eso, hubiera resultado ocioso una problematización sobre el tema. El mismo régimen general de las carreras administrativas, el Decreto Legislativo 276, establece *expresamente* en su artículo 12 que es un requisito para el acceso a la carrera la aprobación de un “concurso de admisión”. Lo mismo sucede con las carreras especiales, como las del personal policial y militar, de los jueces, de los fiscales, de los médicos, de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

docentes universitarios, de los profesores, de los diplomáticos, etc., que estipulan el acceso por concurso público como una condición imperativa.

16. Además, ¿en qué oportunidad el Tribunal hubiera podido plantear el concurso público para los servidores de carrera si las controversias laborales de los trabajadores de la carrera administrativa no son desde hace mucho competencia de los jueces constitucionales, en virtud del precedente Baylón Flores, vigente desde el año 2005? Recordemos que desde ese precedente las pretensiones que se refieren a la reposición de los trabajadores de la carrera administrativa deben ser tramitadas en el proceso contencioso-administrativo por ser la vía igualmente satisfactoria, lo cual se cumple hasta la actualidad, incluso, con el actual Pleno de magistrados.
17. ¿De dónde entonces el caso Cruz Llamos colige que el precedente tuvo como finalidad real resguardar el concurso público de los servidores que pertenecen a una “carrera administrativa”? Más aún si el mismo precedente precisa con claridad en sus fundamentos 3 a 6, que era necesario establecer una regla vinculante respecto de las diversas interpretaciones de los “artículos 4 y 77 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728” y del artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, en relación a la exigibilidad del concurso público. Es decir, claramente se refiere al régimen laboral privado en el Estado.

De ahí que no hay razones para llegar a una conclusión como la que hace el caso Cruz Llamos.

18. Entonces, cuando el caso Cruz Llamos refiere que “interpreta” el precedente Huatuco y luego establece que la regla del concurso público de méritos está circunscrita en realidad a las plazas de los trabajadores de la carrera administrativa, lo que incorpora es una supuesta “precisión” totalmente ajena al objeto del precedente, inoficiosa e innecesaria, toda vez que, como se ha referido, ellos ya ingresan por concurso público, porque así lo estipula desde su origen la misma regulación legal de su régimen, lo que no sucede con el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 aplicado al sector público, que es lo que se busca hacer frente con el precedente Huatuco desde la Constitución.
19. Por eso, los criterios establecidos en el caso Cruz Llamos no interpretan, sino que intentan “revocar” en forma encubierta el precedente porque si, en su inicio, este precedente fue expedido para ser aplicado en el caso de los trabajadores públicos que pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo 728; ahora se procura que el precedente se aplique a los trabajadores que pertenecen a la carrera administrativa, lo cual no es en ningún sentido la razón del precedente. Sería



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

reducirlo a la nada y convertirlo en una mera repetición de lo que ya de por sí exigen las carreras administrativas.

20. Y en este punto debo precisar lo siguiente. Desde una perspectiva jurisprudencial, si se está en desacuerdo con el precedente Huatuco y se desea dismantlarlo, se deben utilizar los mecanismos institucionales adecuados para dejarlo sin efecto y establecer la regla que defienden, esto es, “que *no* es exigible el concurso público para acceder a una plaza para prestar servicios en el Estado”, pero no se debe recurrir a construcciones interpretativas artificiales que solamente generan incertidumbre en los operadores jurídicos (sobre todo judiciales) y en los ciudadanos.
21. En efecto, si se asume que el caso Cruz Llamos es vinculante (lo cual negamos) restablecería la incertidumbre acerca de si los trabajadores que prestan servicios en el Estado bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 ingresarían o no por concurso público. Lo cual generaría desconcierto porque, sin perjuicio de la vigencia del precedente Huatuco, si tenemos que el propio legislador en el artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, ha previsto para toda la Administración Pública, en forma general y expresa, que “[e]l acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades”, cómo es que el fundamento 10 del caso Cruz Llamos, sin mayores reparos, en contravención al precedente y a esta ley expresa, señala en relación al criterio meritocrático que “**no tendría sentido exigir este tipo de estándar** para la reposición laboral si se tratara de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones ya que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa” (resaltado agregado).
22. Es decir, si se aplicara el criterio del caso Cruz Llamos, un secretario judicial de una corte superior de justicia, un profesional de un ministerio o un técnico de un organismo regulador que sea contratado o reincorporado en el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 podría pues ingresar a trabajar en la Administración Pública sin que necesariamente haya superado un concurso público porque, según se afirma, “no tendría sentido exigir este tipo de estándar” dado que no es parte de una carrera administrativa, situación que a todas luces me parece que no es el mandato de la Constitución ni de la ley.
23. En el caso de los trabajadores obreros, el caso Cruz Llamos asume de igual modo el mismo criterio: en tanto no pertenecen a una carrera administrativa tampoco le es exigible un concurso público de méritos. Sobre este particular, debo afirmar que si



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

bien sus labores son manuales, muy distintas por cierto a las de un profesional, ello no significa que *per se* no puedan ser elegidos en virtud de criterios objetivos. Ellos pueden efectivamente aprobar un proceso de selección mínimo.

24. El problema no es el concurso público en sí. Si los obreros deben ser elegidos en forma distinta en comparación con los servidores profesionales o técnicos, dada la naturaleza de sus servicios —con lo cual estoy totalmente de acuerdo— la solución no es pues afirmar que no pertenecen a una carrera administrativa y, por ende, que no estarían sujetos a ningún tipo de concurso público o que “no tendría sentido exigir este tipo de estándar”. Por el contrario, si la Constitución incorpora el principio meritocrático para vincularse al Estado y, en el caso particular de los obreros municipales, en el régimen laboral privado, **lo razonable más bien sería graduar el nivel de dificultad de los requisitos para ser elegible como obrero, antes que eliminar de plano el concurso público**, puesto que, aunque sean obreros y la naturaleza de sus funciones sean manuales, ello no supone que no exista ningún criterio objetivo de selección y que estemos a merced de la simple voluntad de los empleadores al momento de contratarlos.
25. En ese sentido, estoy en desacuerdo con que se aplique el caso Cruz Llamos como si fuera vinculante, pues como he explicado no es precedente ni doctrina jurisprudencial y, además, pretende deformar los criterios establecidos en el precedente Huatuco, al señalar que solamente se aplica a los servidores de la carrera administrativa cuando es evidente que está dirigido a los trabajadores que no pertenecen a él y, sobre todo, a aquellos que se rigen bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728. Por eso, el precedente no necesita “precisión” y debe ser acatado en todos sus términos sin modificación alguna.

La importancia del concurso público de méritos

26. Finalmente, debo advertir que existe en el caso Cruz Llamos una subestimación implícita del concurso público de méritos. Como si este fuera un ritual burocrático más que da igual si insistimos en él o no. Cuando en realidad el concurso público de méritos es todo lo contrario; pues cumple un rol fundamental a favor de la igualdad de oportunidades, en la calidad de los servicios públicos que brinda el Estado y en la lucha contra la corrupción, que es uno de los problemas sociales que más afecta a nuestro país y contra el cual deberíamos estar todos comprometidos.
27. El concurso público de méritos es pues una herramienta adecuada para hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades porque, con base en las mismas reglas de juego para todos, nos asegura que los aspirantes a un puesto público (profesionales, técnicos u obreros) que demuestren poseer los conocimientos y/o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

experiencias para desempeñar las actividades requeridas serán seleccionados para prestar servicios en el Estado.

28. Ello evidentemente redundará en la calidad de los servicios públicos estatales dado que la incorporación de los mejores trabajadores públicos incidirá positivamente en la gestión interna de las instituciones estatales y, consecuentemente, en la calidad de sus servicios a la ciudadanía, fortaleciendo, finalmente, la confianza de estos respecto a sus autoridades y entidades públicas.
29. Por otro lado, el concurso público de méritos también es una forma de combatir la corrupción en el Estado porque elimina las prácticas de contratación según el beneficio privado o de terceros. De ahí que velar por procedimientos de selección que sean públicos y sobre la base del mérito deba ser un esfuerzo no solo de las autoridades de la Administración Pública, sino también de las jurisdiccionales, entre ellas el Tribunal Constitucional.
30. En ese esfuerzo de lucha contra la corrupción se ha encaminado la reciente Comisión Presidencial de Integridad, que entre sus puntos de su informe final ha propuesto instaurar la máxima transparencia en el Estado y fortalecer el servicio civil, afirmando que “para eliminar la corrupción en el Estado es indispensable contar con un servicio civil profesional basado en el mérito y la flexibilidad” (Informe de la Comisión Presidencial de Integridad, 4 de diciembre de 2016, página 8).
31. En forma más específica, la Autoridad del Servicio Civil ha expedido la Resolución de Presidencia Ejecutiva 060-2016-SERVIR-PE, que aprueba la Directiva 002-2016-SERVIR/GDSRH, “Normas para la Gestión de los Procesos de Selección en el Régimen de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil”, con la finalidad, precisamente, de estandarizar y uniformizar el proceso de selección para promover que las entidades públicas cuenten con servidores civiles idóneos de acuerdo con los perfiles de puestos y sobre la base de los principios de meritocracia, transparencia e igualdad de oportunidades.
32. En ese sentido, y en la lógica de promover la máxima transparencia en el Estado y el fortalecimiento del criterio del mérito, estimo que en la aplicación del concurso público como política pública de recursos humanos, los procesos de selección de personal deben ser, por lo menos:
 - **Públicos:** La publicidad debe ser un principio de los procesos de selección desde la convocatoria de la entidad con los requisitos del perfil del puesto hasta el resultado final del proceso;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

- **Especializados:** El órgano que realice el concurso público debe ser un órgano técnico con las suficientes competencias para evaluar al candidato y asegurar que su perfil se adecúe a lo requerido por la entidad;
 - **Imparciales:** Se debe verificar que el funcionario o los miembros del órgano que lleven a cabo el concurso público no tengan amistad, relación o conflicto de intereses con los candidatos al puesto, para garantizar la objetividad de la selección del trabajador público;
 - **Impugnables:** Los resultados finales del concurso público deben ser susceptibles de impugnación ante un órgano superior mediante un recurso sencillo y rápido; y,
 - **Sujetos a veedurías:** La sociedad civil organizada, organismos estatales distintos de la entidad convocante o incluso los sindicatos o representantes de los trabajadores deben tener la posibilidad de participar en la vigilancia de los concursos públicos con la finalidad de que se controle la regularidad e imparcialidad del proceso.
33. Por lo expuesto, considero entonces que el caso Cruz Llamos, además que pretende dismantlar el precedente Huatuco sin ser un precedente vinculante ni doctrina jurisprudencial, no apoya a una política de mejorar los servicios públicos a través de destacados trabajadores públicos; y tampoco contribuye a fortalecer aquellos mecanismos que pueden servirnos para combatir la corrupción dentro del Estado, como lo es el concurso público de méritos para la selección de personal. Por estas razones adicionales, reafirmo mi posición respecto a que el caso Cruz Llamos carece de fuerza vinculante para inaplicar o cambiar el precedente Huatuco, el mismo que sigue plenamente vigente.

Análisis del caso concreto

34. El demandante solicita que se deje sin efecto el despido de fecha 28 de febrero de 2014, y, en consecuencia, se le reincorpore como agente de serenazgo de la Municipalidad Provincial de Carhuaz. Refiere que laboró suscribiendo contratos de prestación de servicios no personales con la entidad demandada, desde el 12 de noviembre de 2010 hasta el 28 de enero de 2014; asimismo, expresa que se desempeñó cumpliendo funciones de carácter permanente, bajo subordinación, y por las que percibía una remuneración mensual.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01088-2016-PA/TC
ANCASH
LUIS MIGUEL DÍAZ MAGUIÑA

35. Al respecto, tal como lo he señalado en los fundamentos precedentes, el personal de serenazgo tiene la categoría de empleado y no de obrero. Por eso, el demandante pertenece al régimen laboral público conforme al artículo 37 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, que dispone que “[l]os funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley”.
36. Por lo tanto, en el presente caso, se advierte la existencia de una controversia con relación a la contratación del demandante, situación que corresponde ser dilucidada a través del proceso contencioso-administrativo, por ser esta la vía idónea para evaluar las cuestiones relacionadas con el personal dependiente de la Administración Pública.

Por estos fundamentos, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de autos.

S.

LEDESMA NARVÁEZ