

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de julio de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Alberto Puyén González contra la sentencia de fecha 12 de octubre de 2015, de fojas 528, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

UNTO

Con fecha 26 de octubre de 2009, el recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa Electronorte SA, a fin de que se declare la nulidad del despido ocurrido el 29 de setiembre de 2009 y que, en consecuencia, se reponga las cosas al estado anterior a la vulneración de su derecho constitucional y se disponga su inmediata reposición laboral como técnico electricista comercial, dependiente de la Gerencia Comercial y del Área de Control de Pérdidas, más el pago de las costas y los costos del proceso.

Manifiesta haber laborado del 1 de febrero de 1996 hasta el 28 de setiembre de 2009, suscribiendo contratos de tercerización; sin embargo, estaba subordinado a la empresa demandada, pues recibía órdenes de trabajo como técnico electricista. Refiere que el último contrato con la Asitec (empresa tercerizadora) cubría el periodo del 4 de junio de 2008 hasta el 30 de junio de 2009; sin embargo, continuó proporcionando servicios para la empresa demandada de forma verbal desde el 1 de julio de 2009 hasta la fecha de su despido sin la suscripción de contrato alguno, por lo que se ha producido la desnaturalización de su relación laboral. Señala que, al no existir de una causa justa derivada de su conducta o capacidad, este despido es arbitrario y vulneratorio de sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.





El apoderado de la empresa Electronorte SA deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado y de incompetencia. Asimismo, contesta la demanda y señala que el demandante no ha laborado de manera ininterrumpida, y que los contratos de trabajo presentados acreditan que laboró para varias empresas y no para Electronorte SA. Agrega que el actor no adjuntó certificado de haber laborado a partir del 1 de julio de 2009 en empresa alguna, por lo que no es veraz que el accionante haya laborado hasta el 28 de setiembre de 2009.

El Tercer Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 5 de julio de 2010, declaró infundada las excepciones propuestas por la emplazada. Mediante sentencia de fecha 8 de junio de 2015, el *a quo* declaró improcedente la demanda por considerar que el recurrente no ha acreditado que se haya desvirtuado la tercerización, ya que, si bien es cierto que el actor prestó servicios de técnico electricista del Área de Control de Pérdidas y en los locales de la emplazada, lo hizo por estar contratado por las empresas tercerizadoras, no por la empresa demandada. Agrega que los medios probatorios adjuntados no son suficientes para acreditar el supuesto despido arbitrario porque el solicitante no era trabajador directo de la emplazada cuando fue despedido, así como tampoco se acredita que el despido verbal realizado haya sido arbitrario.

La Sala Superior revisora confirmó la apelada por estimar que el acta de verificación de despido no acredita periodo de labores, dado que se limita a recoger la versión de las partes intervinientes, por lo que, para dilucidar la presente controversia, se requiere de un proceso más lato, que cuente con etapa probatoria, a fin de establecer el periodo de labores del actor, si las labores se realizaron en forma continua o hubo interrupciones, y si se desnaturalizó su relación laboral desde el año 1996.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa

1. Es preciso mencionar que la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, vigente desde el 16 de enero de 2010, ha sido implementada en el distrito judicial de Lambayeque el 2 de noviembre de 2010, es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda (folio 93), por lo que el proceso de amparo, en el caso concreto, resulta ser la vía idónea para dilucidar la controversia planteada de conformidad con la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC





EXP. N.º 01109-2016-PA/TC LAMBAYEQUE

LUIS ALBERTO PUYEN GONZALEZ

Petitorio de la demanda

El demandante solicita que se disponga su inmediata reposición laboral como técnico electricista comercial en la empresa Electronorte SA, dependiente de la Gerencia Comercial y del Área de Control de Pérdidas, más el pago de las costas y los costos del proceso. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al la protección adecuada contra el despido arbitrario.

Procedencia de la demanda

3. De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas en materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el accionante ha sido objeto de un despido incausado.

Análisis de la controversia

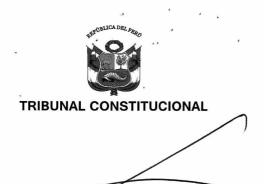
- 4. En el caso de autos, la demanda se encuentra dirigida a que la empresa Electronorte SA reconozca el vínculo laboral a plazo indeterminado que habría existido con el ahora recurrente, pues los contratos de tercerización y que, posteriormente, el recurrente laborara por un pacto verbal para la demandada han pretendido ocultar el carácter permanente y subordinado de sus obligaciones y, por ende, su relación a plazo indeterminado con la emplazada.
- 5. 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 el artículo 27 señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".
- 6. Previamente debe indicarse que de conformidad con el artículo 40 de la Constitución Política del Perú:

Carrera Administrativa

Artículo 40.- La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

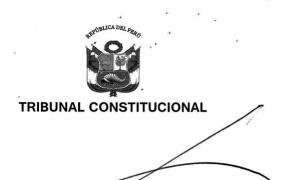
No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.





- 7. El recurrente alega haber realizado labores para la empresa Electronorte SA desde el 1 de febrero de 1996 hasta el 28 de setiembre de 2009 (fecha de despido), de forma continua y permanente, mediante la suscripción de contratos de tercerización con diversas empresas (como son J&M Service SRL, Hacer SAC, Lopher SAC y Astrec SAC) y de forma verbal. Este Tribunal procederá a realizar un análisis de la controversia planteada respecto al periodo laboral sin contrato, para determinar si existió un vínculo laboral a plazo indeterminado entre el demandante y la empresa demandada, toda vez que, según la demandada, no existe medio probatorio alguno que acredite el vínculo laboral entre ambas partes y según los instrumentales presentados (folios 10 a 77) no hubo interrupción de labores del trabajador desde febrero de 1996 hasta el 30 de junio de 2009.
- 8. El artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece".
- 9. Por su parte, el *principio de primacía de la realidad* es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución. Así, este Tribunal ha precisado, en el Expediente 01944-2002-AA/TC, lo siguiente: "(...) 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 jurídico 3).
- 10. Asimismo, debe entenderse que la tercerización consiste en la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades; y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.
- 11. En el presente caso, de lo actuado se aprecian los siguientes instrumentales:

a) Copia de la hoja de intervención de suministro eléctrico 036633, de fecha 27 de julio de 2009 (folio 78), el cual consigna el logo de ENSA. En dicho documento



se aprecia que el señor Luis Alberto Puyén González realizó el servicio de inspección sobre los cables existentes en el predio, el cual fue constatado por un efectivo policial.

- b) Copia del acta de verificación de fecha 16 de octubre de 2009 (folios 83 a 88), conde se ecogió la denuncia por despido arbitrario de varios trabajadores de la empresa Electronorte SA, entre los que se incluye al ahora accionante, y en donde manifiesta que prestó servicios del 1 de febrero de 1996 hasta el 28 de setiembre de 2009.
- 12. De lo expuesto, este Tribunal advierte que los instrumentales mencionados en el párrafo precedente sí acreditan la existencia de un vínculo laboral entre ambas partes del 1 de julio al 28 de setiembre de 2009, lo cual evidencia que la supuesta contratación por tercerización entre ambas partes solo pretendió encubrir una relación laboral. En otras palabras, el argumento de la demandada en cuanto a que el recurrente no realizó labores para su empresa en dicho periodo no resulta válido.
- 13. Asimismo, debe indicarse que, si bien el actor prestó servicios de forma ininterrumpida a la empresa Electronorte SA desde febrero de 1996 hasta el 28 de setiembre de 2009, aun cuando hubiera sido dando la apariencia de contratos de tercerización, en realidad se encubrió una relación laboral a plazo indeterminado, conforme se observa de los instrumentales obrantes de fojas 10 a 77. Por consiguiente, este Tribunal estima que los mencionados instrumentales sí tienen mérito probatorio para acreditar la relación laboral que mantuvo la recurrente.
- 14. En consecuencia, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, el Tribunal Constitucional concluye que el demandante ha acreditado que laboró para la empresa Electronorte SA, prestando sus servicios de manera personal, subordinado y con el pago de la remuneración respectiva, por lo que tenía un contrato de trabajo a plazo indeterminado. En consecuencia, el despido fue arbitrario, por lo que corresponde y corresponde estimar la presente demanda.

Efectos de la sentencia

15. En la medida que en este caso se ha acreditado que la empresa Electronorte SA, ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo del actor, corresponde ordenar su reposición 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.

16. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir los costos procesales, 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 por haberse comprobado la afectación del derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario; en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto el accionante.
- 2. **ORDENAR** que la empresa Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte, Electronorte SA, reponga a don Luis Alberto Puyén González como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI MIRANDA CANALES RAMOS NÚÑEZ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI POR CONSIDERAR QUE EL AMPARO ES LA VÍA IDÓNEA, TENIENDO EN CUENTA EL TIEMPO QUE VIENE LITIGANDO EL DEMANDANTE

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, discrepo y me aparto del fundamento 1, en el que, a los efectos de determinar si existe en el caso una vía igualmente satisfactoria, en aplicación de los criterios establecidos en el precedente contenido en la STC 02383-2013-PA/TC, conocido como precedente Elgo Ríos, se señala expresamente lo siguiente:

"Es preciso mencionar que la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, vigente desde el 16 de enero de 2010, ha sido implementada en el distrito judicial de Lambayeque el 2 de noviembre de 2010, es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda (folio 93), por lo que el proceso de amparo, en el caso concreto, resulta ser la vía idónea para dilucidar la controversia planteada de conformidad con la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA-TC".

Es decir, antes de resolver el fondo de la controversia, en tales fundamentos se realiza un análisis previo relativo a verificar si a la fecha de interposición de la demanda de amparo en el caso sub *litis*, se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en el Distrito Judicial de Lambayeque; y, como quiera que a esa fecha aún no se encontraba vigente tal ley en el referido distrito judicial, se concluye que el accionante no contaba con una vía igualmente satisfactoria, siendo procedente el amparo. De lo contrario, esto es, de haber estado en rigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de la presentación de la demanda, se infiere que esta hubiera sido declarada improcedente por existir una vía igualmente satisfactoria: la del proceso laboral abreviado.

A este respecto, discrepo rotundamente con que se haya efectuado el referido análisis previo. A mi juicio, carece de objeto que este se haya realizado por las consideraciones que detallo a continuación:

- 1. El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
- 2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo



en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.

- 3. En el presente caso, el recurrente interpuso su demanda el 26 de octubre de 2009. Esto es, hace más de 8 años y 11 meses, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 2016, por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lambayeque, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
- 4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por si tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Estoy de acuerdo con el sentido de lo resuelto en la presente resolución; sin embargo, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

- 1. En el presente caso ha quedado plenamente acreditado que la demanda debe declararse fundada, en función de los argumentos expuestos en la sentencia. Sin embargo, resulta preciso indicar que la demanda resulta fundada no respecto de una mera afectación sino por una erróneamente alegada violación de los derechos fundamentales mencionados.
- 2. En efecto, en varios subtítulos y fundamentos jurídicos encuentro presente una confusión de carácter conceptual, que se repite asimismo en otras resoluciones del Tribunal Constitucional, la cual consiste en utilizar las expresiones "afectación", "intervención" o similares, para hacer a referencia ciertos modos de injerencia en el contenido de derechos o de bienes constitucionalmente protegidos, como sinónimas de "lesión", "violación" o "vulneración".
- 3. En rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a "intervenciones" o "afectaciones" iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia o injerencia en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción como una omisión, podría tener o no una connotación negativa, y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados *prima facie*, es decir, antes de analizar su legitimidad constitucional, como formas de afectación o de intervención iusfundamental.
- 4. Por otra parte, se alude a supuestos de "vulneración", "violación" o "lesión" al contenido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o afectaciones iusfundamentales negativas, directas, concretas y sin una justificación razonable. Por cierto, calificar a tales afectaciones como negativas e injustificadas, a la luz de su incidencia en el ejercicio del derecho o los derechos alegados, presupone la realización de un análisis sustantivo o de mérito sobre la legitimidad de la interferencia en el derecho.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Toy Espírus/a las dans Lo que certifico:



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:



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).
 - 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).

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 Electronorte SA. y, solicita que se deje sin efecto el mismo y se ordene su reposición en el mismo cargo u otro de similar nivel. Empero, si bien se ha configurado un despido arbitrario, de autos no consta que el recurrente hubiese ingresado a laborar por concurso púbico de méritos. 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*.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:



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.



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 <u>ordenar el pago de una indemnización adecuada</u> 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 <u>una</u> 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 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:

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