



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 01861-2016-PC/TC  
LIMA  
JOSUÉ LORETO CASTRO DURAND

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 21 días del mes de noviembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017, y sin la intervención del magistrado Ramos Núñez, por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Josué Loreto Castro Durand contra la resolución de fojas 533, de fecha 22 de julio de 2015, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada en parte la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 15 de febrero de 2010, el recurrente interpone demanda de cumplimiento contra el presidente ejecutivo de EsSalud, solicitando el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 12 de la Ley 27803, modificado por el artículo 2 de la Ley 28299; y que, en consecuencia, se lo reincorpore como servidor nombrado en el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo 276, con el pago de reintegros de las remuneraciones y los intereses dejados de percibir, el reconocimiento de los años de servicios desde su ingreso a la institución emplazada y el pago de los aportes pensionarios dejados de pagar.

El apoderado judicial de EsSalud propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, y contesta la demanda argumentando que, conforme al artículo 16 de la Ley 27056, los trabajadores que se incorporen a dicha entidad se sujetan al régimen laboral de la actividad privada. Asimismo, sostiene que EsSalud no es la entidad obligada a asumir el pago de los aportes pensionarios.

*MM*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01861-2016-PC/TC

LIMA

JOSUÉ LORETO CASTRO DURAND

El Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 15 de noviembre de 2013, declara infundada la excepción propuesta, y, con fecha 16 de diciembre de 2013, declara fundada la demanda por estimar que el mandato contenido en el artículo 12 de la Ley 27803, modificada por el artículo 2 de la Ley 28299, reúne los requisitos mínimos comunes establecidos en la sentencia emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC, habiéndose acreditado en autos que existe en EsSalud plaza vacante y presupuestada en la que debe ser reincorporado el accionante.

La Sala revisora confirmó la apelada en el extremo que ordena que se cumpla lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 27803, modificado por el artículo 2 de la Ley 28299, y que se incorpore al recurrente como servidor nombrado en el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo 276, con el pago de los aportes pensionarios; y la revocó en el extremo referido al pago de reintegros de las remuneraciones y los intereses dejados de percibir, declarándola improcedente.

### FUNDAMENTOS

1. Antes de ingresar al análisis de la controversia, es necesario señalar que, en segunda instancia, se ha declarado fundada en parte la demanda, por lo que este Colegiado solo puede pronunciarse respecto de los extremos denegados, materia del recurso de agravio constitucional; esto es, respecto del pago de las remuneraciones devengadas, sus intereses legales y los costos procesales.
2. En la sentencia emitida en el Expediente 0168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de octubre de 2005, este Tribunal, en el marco de su función de ordenación, precisó los requisitos mínimos comunes que debe cumplir el mandato contenido en una norma legal y en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional de cumplimiento.
3. En los fundamentos 14 al 16 de la sentencia precitada, que constituye precedente, conforme a lo previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estableció que para que el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo sean exigibles a través de este proceso constitucional, es preciso que, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo reúna los siguientes



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01861-2016-PC/TC

LIMA

JOSUÉ LORETO CASTRO DURAND

requisitos: a) ser vigente; b) ser cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y e) ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante, y g) permitir individualizar al beneficiario.

4. El artículo 12 de la Ley 27803, modificado por el artículo 2 de la Ley 28299, establece:

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

Al respecto, este Tribunal advierte que de la norma citada no se desprende de manera indubitable que al actor le corresponda el pago de los reintegros de las remuneraciones dejadas de percibir y sus respectivos intereses legales, motivo por el cual dicho extremo de la demanda debe ser desestimado.

5. Por otro lado, con respecto al pago de los costos del proceso, al haberse acreditado en sede judicial que la parte emplazada ha sido renuente al cumplimiento del mandato legal reclamado en autos (reincorporación del accionante), y estimado en parte la demanda, corresponde, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, que asuma los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01861-2016-PC/TC

LIMA

JOSUÉ LORETO CASTRO DURAND

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo en el que se solicita el pago de los costos procesales.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido al pago de los reintegros de las remuneraciones dejadas de percibir y sus respectivos intereses legales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES  
LEDESMA NARVÁEZ  
BLUME FORTINI  
SARDÓN DE TABOADA  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA  
FERRERO COSTA

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01861-2016-PC/TC

LIMA

JOSUÉ LORETO CASTRO DURAND

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas. Sin embargo, considero necesario señalar lo siguiente:

1. Si bien en la jurisprudencia del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional suele utilizarse el término “instancia” para hacer referencia al grado con que la judicatura se ha pronunciado sobre lo discutido dentro de un mismo proceso (por ejemplo: “decisión de primera instancia”, “juez de segunda instancia”), lo cierto es que “instancia” y “grado” no significan lo mismo, y es necesario diferenciar su uso en aras a la pulcritud conceptual que corresponde a esta sede.
2. Así, el término “instancia”, de acuerdo con la más informada doctrina, está reservado para los procesos nuevos en los que cabe discutir una resolución judicial anterior. En este supuesto, no es a través de un medio impugnatorio que una decisión jurisdiccional es revisada, sino a través de un nuevo proceso, en el que es posible aportar nuevos argumentos, nuevas pretensiones y nuevos elementos probatorios.
3. Por su parte, el término “grado” sí alude a pronunciamiento que corresponde hacer a los órganos judiciales en vía de revisión, ello en respuesta a un medio impugnatorio interpuesto por las partes. De esta forma, el grado denota el nivel jerárquico en que es emitida una decisión, siendo la decisión de primer grado la resolución inicial emitida por el primer órgano jurisdiccional, y las de los grados superiores la emitida por los jueces encargados de revisar los vicios o errores de las resoluciones anteriores.
4. Justo es mencionar que esta confusión terminológica tiene alguna vinculación con la redacción literal presente en algunas partes de la Constitución, en las cuales los constituyentes prescindieron de emplear la nomenclatura que correspondía conforme a la teoría y la dogmática jurídica (lo cual en cierta medida es comprensible, teniendo en cuenta que la Carta Fundamental no es tan solo un documento jurídico). Sin embargo, esto no puede tomarse como excusa para que un órgano especializado como el Tribunal Constitucional se mantenga o insista en el error o la imprecisión. El juez constitucional, en su defensa de la supremacía constitucional, y sobre todo en la tutela de los derechos fundamentales, debe dejar de lado una interpretación formalista que subordina el cabal tratamiento de diversos derechos e instituciones a entre otros factores, errores de redacción o situaciones de inadecuada formulación técnica de las materias invocadas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01861-2016-PC/TC

LIMA

JOSUÉ LORETO CASTRO DURAND

5. Por mencionar solo algunos ejemplos, la Constitución ha hecho alusión al “sistema electoral” para referirse a los órganos electorales o a la institucionalidad electoral (artículos 176 y 177); a las “acciones de garantía” en vez de los procesos constitucionales (artículo 200); y a los “principios y derechos de la función jurisdiccional” para referirse a los derechos de las partes procesales, a los derechos que se desprenden o configuran un derecho a un debido proceso, o a las garantías en favor de los jueces y el sistema de justicia (artículo 139). Ante la constatación de estos problemas, ya en algunos de estos casos, este Tribunal Constitucional, en su momento, ha hecho las precisiones y distinciones pertinentes.
6. En lo que corresponde específicamente al término “instancia”, conviene anotar cómo la Constitución ha hecho una mención en rigor técnicamente incorrecta de este en los artículos 139 (incisos 5 y 6), 141, 149, 152, 154 (inciso 3) y 181. Incluso en el artículo 202, inciso 2 ha señalado, en relación con el Tribunal Constitucional, que a este le corresponde “Conocer, en *última y definitiva instancia*, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento” (resaltado agregado).
7. Empero, reitero que aquello no justifica que este órgano colegiado insista en un uso técnicamente erróneo de las categorías o conceptos invocados ante nuestra entidad. Por ello, sobre la base de lo ya explicado, y tal como lo ha hecho en otros temas, considero que este Tribunal debe dejar de utilizar el término “instancia”, cuando en realidad quiere hacer referencia al “grado” de la decisión o del órgano jurisdiccional del que se trate.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

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