



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD

SEGUNDO

MACHACA

AGUILAR

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales y Ramos Núñez, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 31 de octubre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera y Miranda Canales y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Sardón de Taboada, y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Richard Segundo Machaca Aguilar contra la sentencia de fojas 461, de fecha 6 de mayo de 2016, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de octubre de 2013, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa. Solicita que se ordene su reposición en el cargo de obrero en el área de seguridad ciudadana (serenazgo). Sostiene que ha laborado desde el 5 de enero al 31 de agosto de 2013, realizando labores en forma permanente, bajo subordinación, con un horario, una remuneración y superando el periodo de prueba de tres meses. Asimismo, indica que su empleador terminó la relación laboral sin expresarle causal alguna, vulnerándose sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso, entre otros.

La procuradora pública de la municipalidad emplazada se apersona al proceso con fecha 13 de mayo de 2014 indicando que la pretensión no se puede ventilar en el proceso de amparo por no contar con una etapa probatoria que permita al Juzgado valorar todos los elementos probatorios que se consideren necesarios, existiendo una vía igualmente satisfactoria constituida por la vía laboral ordinaria. Con fecha 6 de agosto de 2014 propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y contesta la demanda e indica que la plaza del actor no se encuentra presupuestada, por lo que no existe despido arbitrario sino que su contrato culminó al haber laborado para proyectos de inversión de naturaleza temporal, no pudiéndose alegar desnaturalización de contratos porque estos se encuentran formalmente sustentados.

El Primer Juzgado Especializado Civil de Tacna, con fecha 12 de setiembre de 2014, declaró infundadas las excepciones propuestas, y con fecha 8 de enero de 2016, declaró improcedente la demanda, al verificar de autos que el demandante no ha ingresado a laborar por concurso público de méritos a una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, por lo que el presente proceso se debe reconducir a la vía ordinaria laboral para que el actor solicite la indemnización que corresponda.

La Sala revisora confirma la apelada por similares fundamentos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

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

§2. Procedencia de la demanda

2. En primer término, debe evaluarse si corresponde declarar improcedente la demanda y determinar si es que lo planteado por el recurrente debe ser dilucidado en la vía del proceso ordinario laboral. Para esto, corresponde analizar (i) la necesidad de tutela urgente en el presente caso y (ii) los alcances del precedente establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC con relación a los obreros municipales.

(i) *La necesidad de tutela urgente en el presente caso*

3. En la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” como la vía del proceso constitucional de amparo si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y iv) Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.
4. En atención a los criterios jurisprudenciales allí establecidos, la aplicación del referido precedente responde a dos criterios, uno objetivo y otro subjetivo. En el primer caso, se debe evaluar que la estructura propia del proceso sea idónea para acoger la pretensión de la parte recurrente. En el segundo supuesto, corresponde analizar si existe un riesgo de irreparabilidad del derecho en cuestión en caso se transite por la vía ordinaria y la necesidad de tutela urgente que se deriva de la relevancia del derecho o de la gravedad del daño que podría ocurrir.
5. En el caso de los obreros municipales corresponde realizar un análisis detenido respecto al criterio subjetivo en la medida que pueden presentarse ciertos escenarios en los que se encuentre comprometida la necesidad de una tutela urgente. La situación de precariedad institucional y las condiciones de inestabilidad laboral que, en ciertos casos, afrontan los obreros municipales los coloca en una situación particularmente preocupante.
6. Además, un factor adicional importante a tener en cuenta viene representado por las difíciles condiciones remunerativas de este grupo de trabajadores. En estos casos, por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

ejemplo, la necesidad de tutela urgente puede derivar de la situación de pobreza que se podría generar respecto de algunos obreros municipales que acuden al proceso constitucional del amparo alegando un presunto despido arbitrario. Sobre el particular, cabe recordar que este Tribunal ya ha demostrado su preocupación por la situación general de las personas que viven en situación de pobreza y pobreza extrema en nuestro país [STC 0853-2015-PA/TC], considerando incluso que estas personas forman parte de un grupo en situación de vulnerabilidad [STC 0033-2010-PI/TC, fundamento 15].

7. En ese sentido, debido a la condición en las que en muchos casos se encuentran estas personas es que el Estado en general –y los órganos jurisdiccionales en particular– están en la obligación de garantizarles el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo pues, como lo ha manifestado la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, el acceso a recursos judiciales de tales características es fundamental para hacer frente a las principales causas de la pobreza, la exclusión y la situación de vulnerabilidad [Cfr. Asamblea General. A/67/278, 2012, párrafo 5].

8. De igual parecer, en nuestro hemisferio, ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, en su reciente informe temático sobre “Pobreza y derechos humanos en las Américas”, señala que “las personas que viven en situación de pobreza o pobreza extrema generalmente enfrentan mayores obstáculos para acceder a la justicia, así como a los medios que les permitan la gestión efectiva para denunciar y exigir el cumplimiento de sus derechos” [OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147. 2017, párrafo 504].

9. En consecuencia, la sola situación de precariedad institucional no puede llevarnos a asumir, de manera general, la habilitación del proceso de amparo, sino que debe verificarse, en el caso a caso, la situación específica de cada persona atendiendo a un parámetro más concreto y, de esa manera, corroborar si el despido denunciado pone en evidencia la condición de vulnerabilidad que justificaría una tutela urgente a través del amparo. Al respecto, es pertinente utilizar como parámetro de medición la llamada “línea de pobreza”. Ésta es obtenida partiendo de una consideración dual, conformada por una línea de indigencia o pobreza extrema (componente alimentario) a la que se le suman bienes y servicios básicos (componente no alimentario).

10. Sobre este aspecto, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en su informe técnico sobre la “Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2016” ha empleado el análisis de la línea de pobreza desagregándolo en dos componentes a saber: a) el componente alimentario, constituido por el valor de una canasta socialmente aceptada de productos alimenticios [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2016, página 33] y b) el componente no alimentario, constituido por el valor de la canasta de bienes y servicios que requiere una persona para satisfacer sus necesidades referidas al vestido, calzado, alquiler de vivienda, uso de combustible, muebles, enseres, cuidados de la salud, transporte, comunicaciones, esparcimiento, educación, cultura y otros [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2016, página 36].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

11. Para el primer componente, el INEI ha considerado un valor *per cápita* mensual nacional, actualizado al 2017, por cada miembro que conforma el hogar, ascendente a S/. 183. Este monto, sumado a lo que integra el componente no alimentario, establece la línea de pobreza nacional en S/. 338 mensuales por cada persona que habita un hogar [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017, páginas 33 y 36]. En virtud a estos criterios, la condición de pobreza como situación de especial vulnerabilidad se configurará cuando una persona reside en un hogar cuyo gasto *per cápita* es insuficiente para adquirir una canasta básica de alimentos y no alimentos (ambos componentes), mientras que, la condición de extrema pobreza se presentará si es que la persona integra un hogar cuyos gastos *per cápita* están por debajo del costo de la canasta básica de alimentos (solo el primer componente) [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017, página 41].

12. En consecuencia, al considerar la línea de pobreza *per cápita* nacional en S/. 338, se puede asumir como monto base la suma de S/. 1352 si se asume que, según la más reciente Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES 2016 realizada por INEI, una familia promedio está compuesta por 3.7 miembros, es decir, por cuatro personas si se redondea dicha cifra al número entero inmediatamente superior. Por lo tanto, cuando un obrero municipal perciba una remuneración mensual por debajo del monto anteriormente establecido, corresponderá ventilar el caso en la vía del proceso constitucional de amparo. Ello se sustenta en el criterio asumido por este Tribunal de admitir a trámite las demandas de amparo cuando se ponga de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida en un caso concreto, independientemente de si existe una vía igualmente satisfactoria [Cfr. STC 01406-2013-PA/TC, fundamento 5; 00967-2008-PA/TC, fundamento 6; 5702-2006-PA/TC, fundamento 4].

13. Ahora bien, para aquellos casos en los cuales los ingresos mensuales de la parte demandante sean variables, corresponderá evaluar las remuneraciones de los últimos doce meses, teniendo como punto de referencia la fecha en la cual se alega que ha ocurrido el supuesto despido arbitrario, a fin de obtener un promedio de lo percibido y verificar si ello supera o no el monto previamente señalado. Esto se sustenta en el hecho mismo que la línea de pobreza es un concepto económico de naturaleza anual.

14. En consideración a lo expuesto anteriormente, corresponde que la presente demanda sea admitida y tramitada en el proceso de amparo si se toma en cuenta que, de las últimas doce remuneraciones percibidas por el demandante (fojas 4 a 11), se puede apreciar que éste percibía un promedio de S/. 1,218.00 mensuales; por lo cual, se encuentra por debajo de la línea de pobreza establecida.

(ii) *Los alcances del precedente establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC para el caso de obreros municipales.*

15. 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 el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública. Ello 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.* fundamento 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC].

16. 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 Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).

17. 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), que, por ende, a aquella 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).

18. En el presente caso, debe precisarse que el demandante pretende su reposición en el puesto de obrero en el área de seguridad ciudadana (serenazgo) de la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa. 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.

19. En consecuencia, y al no ser aplicable el precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, este Tribunal se avocará al conocimiento del fondo de la presente controversia.

Análisis de la controversia

20. El artículo 22 de nuestra Constitución establece que “[e]l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona”. El artículo 27 señala que “[l]a ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

21. El artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que “[e]n toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

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”.

22. En cuanto al principio de la primacía de la realidad, este Tribunal ha establecido que “[...] 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” [Expediente 01944-2002-PA/TC, fundamento 3].
23. En el presente caso, se aprecia que el demandante prestó servicios desde el 5 de enero al 31 de agosto de 2013 como obrero en el área de seguridad ciudadana (serenazgo) de la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa.
24. De los documentos obrantes en autos se aprecian los siguientes medios probatorios: a) Parte de ocurrencias donde el demandante detalla las labores efectuadas (fojas 12); b) Rol de servicio del mes de julio de 2013, en el que se consigna que el trabajador cumplía un horario de trabajo (fojas 13); c) Boletas de pago donde se corrobora que percibía un pago mensual por sus servicios y que su fecha de ingreso fue el 5 de enero de 2013 (fojas 4 a 11).
25. Del análisis de dichos medios probatorios, queda claro que la relación laboral que mantuvo el demandante con la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa se ha desnaturalizado, toda vez que los instrumentales mencionados acreditan que el accionante estaba sujeto a subordinación. En efecto, en las boletas de pago, que llevan la firma y sello del empleador, se especifica que el demandante que ejerció labores ininterrumpidas y que, además, recibía una remuneración mensual.
26. Asimismo, es importante precisar que, pese a que los contratos por proyectos de inversión firmados por el demandante (fojas 151 a 158) establezcan que estuvo sujeto al régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo 276, esto no resulta jurídicamente posible pues los obreros municipales no pueden ser contratados bajo dicho régimen, de conformidad con el artículo 37 de la ley 27972, Ley Orgánica de Gobiernos Municipales y con el Decreto Legislativo 727, Ley de fomento a la inversión privada en la construcción. Por lo que se debe colegir que, desde el 5 de enero al 31 de agosto de 2013, el demandante laboró sin contrato de trabajo escrito.
27. En consecuencia, y en aplicación del artículo 4 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, ha quedado acreditado que el recurrente prestó servicios para la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa de manera personal, bajo subordinación y de forma remunerada. Por ende, en rigor tenía un contrato de trabajo a plazo indeterminado.
28. En mérito a lo expuesto, y en mérito a la aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral. Por ello, para el cese del demandante debió imputarse una causa relativa a su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

conducta o capacidad laboral que lo justifique, otorgándole los plazos y derechos a fin de que haga valer su defensa, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario.
2. En consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante. Asimismo, se debe **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa que reponga a don Richard Segundo Machaca Aguilar como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BLUME FORTINI
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ**

Eloy Espinosa Saldaña

Ramos Núñez

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03048-2016-PA/TC
TACNA
RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, discrepo de los fundamentos 2 al 19 de la sentencia, por las consideraciones que paso a exponer:

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta que no es aplicable el precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso, pues el amparo también puede proceder en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho del 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. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando el 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 de sus derechos.
2. Asimismo, discrepo del contenido de los fundamentos 15 a 19 de la sentencia 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

Lo que certifico:

Flavio Reategui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar algunas precisiones sobre el precedente Elgo Ríos, expediente 02383-2013-PA/TC:

1. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:
 - a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
 - b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
2. Al respecto, desde una perspectiva objetiva, considero que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carecer de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características que son propias del proceso de amparo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo.
3. En el caso de autos, a la fecha de interposición de la demanda (28 de octubre de 2013), se encontraba vigente en el distrito judicial de Tacna, la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, esto es, que el proceso laboral abreviado se constituiría como una vía igualmente satisfactoria para atender la pretensión de la parte demandante. En embargo, ello requiere algunas precisiones por la especial situación en la que se encuentra la parte recurrente.

En ese sentido, debe tomarse en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia en la que se encuentra su causa; en consecuencia, no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

resultará igualmente satisfactorio que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda que el recurrente inicie un nuevo proceso en la vía ordinaria; ya que, ello implicará un mayor tiempo de litigio y de vulneración de sus derechos constitucionales.

4. Por otra parte, desde la perspectiva subjetiva, estos trabajadores se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad y pobreza, tomando en cuenta que se encuentran expuestos a una precariedad institucional, más aún si tomamos en consideración, contrataciones fraudulentas que buscan desconocer sus derechos laborales y la adecuada protección contra el despido arbitrario que les asiste.
5. Aunado a ello, es preciso subrayar que el artículo 24 de nuestra Constitución ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente, la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, a la salud e igualdad, amén que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona. (STC 04922-2007-PA/TC, fundamento jurídico 6).
6. Por lo que, de lo expuesto no puede hablarse de la existencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo.

S.


MIRANDA CANALES

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

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. En el fundamento 9 del proyecto de sentencia se señala que es necesario establecer un parámetro concreto que permita determinar si los casos de despido arbitrario de los obreros municipales merecen una tutela de urgencia a través del amparo.
2. En esa línea de pensamiento, dicho proyecto considera que la línea de pobreza *per cápita* nacional permite determinar que cuando un obrero municipal perciba una remuneración mensual por debajo del monto de S/. 1312 deberá considerarse que no se ha superado la dimensión subjetiva del precedente Elgo Ríos. Ello permite concluir que en estos casos no es posible reconducir el proceso a una vía igualmente satisfactoria, pues es posible evidenciar la necesidad de una tutela de urgencia.
3. Al respecto, debo anotar que a través de diversos votos singulares he podido expresar una posición a favor de una tutela de urgencia mediante el amparo en los casos de despido de obreros municipales. Y es que debe tomarse en cuenta que el mismo Tribunal ha sostenido que en determinados casos es necesario analizar si, “aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, *en virtud de las circunstancias del caso*, una tutela jurisdiccional *urgentísima y perentoria*” (RTC Exp. n.º 09387-2006-AA, f. j. 3). En otras palabras, que debe admitirse a trámite el amparo, de manera excepcional, cuando lo alegado “pone de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria” (ídem, f. j. 4).
4. Es por este motivo que en los casos de despido de obreros municipales, he sostenido en reiteradas ocasiones que nos encontramos ante una situación vinculada a trabajadores en manifiesta situación de vulnerabilidad e incluso pobreza¹ (se trata de obreros con remuneraciones y prestaciones sociales mínimas), quienes se encuentran además en situación de precariedad institucional (están especialmente

¹ El Banco Interamericano de Desarrollo señala que la base de la pirámide económica está conformada por la *población vulnerable*, cuyos ingresos son menores a US\$ 10, y la *población pobre*, con ingresos menores a US\$ 4 por día (BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Un mercado creciente: Descubriendo oportunidades en la base de la pirámide en Perú*. Nueva York, 2015). La población vulnerable se encuentra en riesgo inminente de pasar a la situación de pobreza. Es más, se señala que el 73,6% de la clase vulnerable sufrirá pobreza en el futuro, y que lo mismo ocurrirá con el 27,2% de la clase media (STAMPINO et al. *Pobreza, vulnerabilidad y la clase media en América Latina*. Documento de trabajo del BID, mayo de 2015, p. 45).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

expuestos a despidos arbitrarios, como se evidencia con los casos llegados a esta sede). Junto a ello, he destacado la existencia de un mandato constitucional expreso dirigido a brindar protección reforzada a los sectores que sufren desigualdad (artículo 59 de la Constitución). Y es que es en mérito a todo lo expuesto, que he sostenido que no puede hablarse de que en estos casos exista una vía ordinaria igualmente satisfactoria, siendo necesario, en principio, recurrirse al amparo.

5. Sin embargo, debo expresar mi desacuerdo con el parámetro establecido por el proyecto de sentencia. Al respecto, debe tomarse en cuenta que los criterios del precedente “Elgo Ríos” han sido pensados para aplicarse caso a caso y no de forma estática. En ese sentido, cuando se determina en un caso que existe una vía igualmente satisfactoria, ello es válido para ese caso en concreto, y no para todos los casos.
6. Considero que el establecer que la remuneración de S/. 1312 representa el criterio para determinar si se ha superado la dimensión subjetiva del precedente Elgo Ríos liberaría al juez del análisis caso a caso y lo obligaría a aplicar una regla fija en la determinación de la vía igualmente satisfactoria. Ello puede traer como consecuencia que aquellos casos de obreros municipales con una remuneración mayor al monto establecido no puedan acceder a una tutela a través del amparo a pesar de encontrarnos frente a una situación de urgencia en el caso concreto. Algunos ejemplos de estos casos podrían ser aquellos obreros que cuenten con enfermedades terminales, alguna discapacidad física o mental, un estado de embarazo, entre otros.
7. Deben entonces respetarse las pautas establecidas por este Tribunal en el precedente Elgo Ríos, sin perjuicio de eventuales diferencias con las mismas. Y es que, tomando en cuenta los parámetros que deben caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no puede apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo o no aplicarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos.
8. Por lo tanto, coincido en que en el presente caso debe declararse fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, debe tomarse en cuenta la importancia de mantener un análisis del caso concreto para determinar si es que es necesaria una tutela de urgencia que amerite acudir al proceso de amparo en los casos de despido de obreros municipales.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

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 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.° 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
Flavio Keátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

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 que sus labores son complejas. Mis razones son las siguientes:

Los trabajadores municipales del serenazgo no son obreros sino empleados

1. En mi opinión, el personal de serenazgo no tiene la categoría de “obrero”. El personal de serenazgo realiza labores administrativas en la ejecución de sus servicios, toda vez que se encarga de registrar sus intervenciones y de redactar informes de las ocurrencias en el que participa. Y 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).
2. -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.
3. Es más, 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.
4. Cabe resaltar que la actual ley orgánica de municipalidades (LOM) 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 los obreros:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

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: - Funcionarios - Empleados - Obreros - Personal de vigilancia	Categorías previstas: - Funcionarios - Empleados - Obreros - Personal de vigilancia	Categorías previstas: - Funcionarios - Empleados - Obreros
Régimen laboral atribuido: - Todos en el de la actividad pública	Régimen laboral atribuido: - Funcionarios, empleados y personal de vigilancia en el de la actividad pública - Obreros en el de la actividad privada	Régimen laboral atribuido: - Todos en el de la actividad pública - Obreros en el de la actividad privada

5. En ese sentido, si bien he suscrito con anterioridad 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.

La sentencia del caso Cruz Llamos no es jurisprudencia vinculante

6. 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. Más aun, cuando la referida sentencia pretende 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.

7. De hecho, 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. Más allá que se señale, como hace los fundamentos 15-19 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**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

profesionales, técnicos, obreros, etc. (como lo son los trabajadores públicos del régimen laboral del Decreto Legislativo 728).

8. 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.
9. 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, municipalidades provinciales, locales, etc.), surgió el problema de si era o no aplicable el concurso público respecto del personal del Estado.
10. 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.

11. Por esta razón, los fundamentos del caso Cruz Llamas confunden cuando afirman que el precedente Huatuco busca 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

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.

12. 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 docentes universitarios, de los profesores, de los diplomáticos, etc., que estipulan el acceso por concurso público como una condición imperativa.
13. 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.
14. ¿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.

15. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

público, que es lo que se busca hacer frente con el precedente Huatuco desde la Constitución.

16. 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 reducirlo a la nada y convertirlo en una mera repetición de lo que ya de por sí exigen las carreras administrativas.
17. 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 y en los ciudadanos.
18. 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).
19. 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

20. 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 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.
21. 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.
22. 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

23. 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.
24. 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 experiencias para desempeñar las actividades requeridas serán seleccionados para prestar servicios en el Estado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

25. 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.
26. 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. 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.
27. En ese esfuerzo de lucha contra la corrupción se ha encaminado la 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).
28. 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.
29. 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;
 - **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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA

AGUILAR

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.
30. Por lo expuesto, considero entonces que el caso Cruz Llamos, además que pretende dismantelar el precedente Huatuco sin ser un precedente 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


31. El demandante alega haber sido víctima de un despido arbitrario, solicitando que se deje sin efecto el mismo y se ordene su reposición laboral en el cargo de personal de serenazgo en la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa.
32. 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, Ley Orgánica de Municipalidades, que dispone que “Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley”.
33. Por lo tanto, la controversia de autos corresponde que sea 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, en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

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

¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

² Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

(artículo 23).

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de **ordenar el pago de una indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03048-2016-PA/TC

TACNA

RICHARD SEGUNDO MACHACA
AGUILAR

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

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

Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

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

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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