SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de mayo de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Elio Modesto Chavarry Espinal contra la sentencia de fojas 158, de fecha 14 de octubre de 2014, expedida por la Sala Civil permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de agosto de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional del Callao, solicitando que se deje sin efecto su despido y, en consecuencia, se le reincorpore en el cargo de chofer, más el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, así como las costas y costos del proceso. Manifiesta que laboró desde el año 1998 hasta que el 6 de enero de 2007 fue despedido por la emplazada, conjuntamente con otros obreros, lo que motivó que interpusiera una demanda judicial para ser repuesto. Señala que inició una demanda de nulidad de acto administrativo, a fin de que se deje sin efecto la Resolución Ejecutiva Regional 109-2006, ante el Segundo Juzgado Civil del Callao (Expediente 2007-00888-0-0701-JR-CI-2), dictándose en el cuaderno cautelar del referido proceso judicial la Resolución 2-MC, de fecha 10 de mayo de 2007, mediante la cual se ordenó su reincorporación provisional, que se hiciera efectiva el 5 de noviembre de 2007. Añade que el mandato cautelar quedó sin efecto en virtud de lo resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación 8220-2009-CALLAO), la cual, por resolución de fecha 11 de octubre de 2011, declaró nulo todo lo actuado e improcedente la demanda; y que, pese a que la demandada fue notificada con dicha resolución en el mes de enero de 2012, siguió laborando hasta el 31 de mayo de 2012, fecha en la que fue despedido de manera unilateral. Aduce que su despido se realizó sin tomarse en cuenta que, al no existir medida cautelar que pudiera justificar su continuidad laboral desde inicios del 2012, se generó una nueva relación laboral a plazo indeterminado.

El procurador público regional del gobierno regional demandado propone la excepción de cosa juzgada y contesta la demanda manifestando que la entidad

emplazada repuso provisionalmente a la accionante en cumplimiento de una medida cautelar, la cual con posterioridad quedó sin efecto, lo que motivó que concluyera el vínculo contractual originado por mandato judicial. Sostiene también que el ingreso del personal necesariamente debe realizarse conforme a lo previsto en la Ley 28175, Ley de Presupuesto del Sector Público, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

El Cuarto Juzgado Civil del Callao, con fecha 23 de mayo de 2013, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 9 de diciembre de 2013, declaró improcedente la demanda por estimar que el cese del vínculo contractual del accionante obedeció al cabal cumplimiento del mandato judicial emanado de manera definitiva del proceso contencioso-administrativo llevado en el Expediente 2007-00888-0-0701-JR-CI-2, luego de que el recurrente agotó todas las instancias judiciales; y porque el actor no ha demostrado que se hayan configurado los elementos de un contrato de trabajo durante el tiempo que prestó servicios en virtud de la medida cautelar.

La Sala superior confirmó la apelada por argumentos similares a los expuestos en primera instancia judicial.

En su recurso de agravio constitucional, el accionante se ratifica en los términos de su demanda y reitera que, al haber transcurrido 5 meses desde que la emplazada tuvo conocimiento de que quedó sin efecto la medida cautelar, solamente podía ser despedido por una causa justa prevista en la ley.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición del demandante en el cargo que venía desempeñando como chofer, porque habría sido objeto de un despido incausado. Alega la violación de su derecho constitucional al trabajo.

Análisis del caso concreto

Argumentos de las partes

2. El demandante refiere que continuó laborando para la emplazada, luego de que esta última tomara conocimiento de que había quedado sin efecto la medida cautelar en virtud de la cual venía prestando sus servicios de manera provisional; por tanto, al consentir la continuidad de sus labores, se configuró una relación laboral de naturaleza indeterminada.

3. La parte emplazada señala que el actor estuvo prestando sus servicios en forma provisional, debido a que, en un proceso judicial iniciado por el demandante se había dictado una medida cautelar en el que se ordenó su reincorporación de modo temporal, por tal motivo, al haber concluido dicho proceso declarándose improcedente, se procedió a dejar sin efecto el contrato del recurrente.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. 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". El artículo 27 señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

5. El actor afirma que, luego de su despido efectuado en enero de 2007, volvió a laborar para la entidad emplazada como chofer, en el régimen laboral de la actividad privada, desde el 5 de noviembre de 2007 hasta el 31de mayo de 2012, fecha en que fue despedido, periodo en el que se le hizo suscribir un contrato de locación de servicios para encubrir una relación laboral, dado que se había ordenado una medida cautelar a su favor (Expediente 2007-00888-0-0701-JR-CI-2). Por consiguiente, solo será materia de pronunciamiento el referido periodo.

6. En el presente caso, se debe determinar si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerada un contrato de trabajo, porque, de ser así, el demandante solo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 1944-2002-AA/TC, se estableció que mediante el referido principio "[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (fundamento 3).

7. En la cláusula segunda del contrato de locación de servicios, obrante a fojas 64, vigente desde el 5 de noviembre de 2007, se consigna:

> Que, por disposición del 2º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DEL CALLAO (...) – Resolución N.º DOS-MC de fecha 10 de mayo de 2007 y Resolución N.º SEIS-MC de fecha 21 de agosto de 2007 se dispuso en su parte resolutiva **ADMITIR LA MEDIDA CAUTELAR** interpuesta por **EL LOCADOR**, en consecuencia ORDENÓ que **EL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO** proceda a su reincorporación, en forma provisional e inmediata en el puesto que tenía antes de ser cesado u otro similar mientras se resuelva el proceso principal.

> Tratándose de una disposición judicial de cumplimiento obligatorio conforme a todos sus extremos, **EL GOBIENRO REGIONAL DEL CALLAO** procede a reponer a **EL LOCADOR**, y siendo que a la fecha, su plaza se encuentra ocupada se procede por el momento y en forma provisional a su contratación bajo la modalidad de Locación de Servicios.
> **EL LOCADOR** prestará sus servicios a la suscripción del presente contrato en **EL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO**, siendo puesto a disposición de la **OFICINA DE RECURSOS HUMANOS** quien determinará la función específica; (...).

8. De la referida cláusula se puede deducir que la contratación del actor a partir del 5 de noviembre de 2007 obedeció a un mandato judicial vinculado con la medida cautelar de reincorporación provisional de la demandante dispuesta por el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil del Callao, conforme se acredita con la Resolución Dos-MC, de fecha 10 de mayo de 2007, y el acta de cumplimiento de medida cautelar de fecha 19 de noviembre de 2007 (Expediente 2007-00888-0-0701-JR-CI-2), obrantes a fojas 8 y 63 de autos, respectivamente. Sin embargo, pese a que la referida medida cautelar fue dejada sin efecto conforme a lo resuelto por Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación 8220-2009-CALLAO) (fojas 57 a 62), notificada a las partes en enero de 2012, según se desprende de fojas 26, 54 y 56; la recurrente continuó laborando hasta el 29 de mayo de 2012, fecha del Informe 803-2012-GRC/GA-OL, en el que se comunica a la Gerencia de Administración que se ha resuelto de manera unilateral el contrato del demandante (folio 17), lo cual es corroborado, además, con el tenor del Memorándum 457-2012-GRC/GRDNYDC de fecha 31 de mayo de 2012 (folio 16).

9. Al respecto, este Tribunal considera que al haberse declarado a fines del año 2011 improcedente la demanda en el proceso judicial en el que se concedió la medida cautelar de reincorporación provisional del actor (Casación 8220-2009-CALLAO, a fojas 27), la causa que sustentaba el contrato que obra a fojas 64, nacida de un mandato judicial, se extinguió. Por ende, dicho contrato debió haberse resuelto desde la fecha en que la emplazada tomó conocimiento del auto, esto es, desde enero de 2012 (folios 26, 54 y 56), y, en todo caso, si la entidad emplazada deseaba seguir contando con los servicios del recurrente debió formular un nuevo contrato, sustentando debidamente su contratación, y no admitir que el actor continúe prestando sus servicios en virtud de lo especificado en la cláusula segunda del contrato obrante a fojas 24, esto es, en cumplimiento de la medida cautelar. Sin embargo, como ya se ha señalado *supra*, la demandante continuó laborando al amparo de dicho contrato hasta el 29 de mayo de 2012.

10. En consecuencia, es forzoso concluir que entre las partes se configuró una relación laboral de naturaleza indeterminada desde enero de 2012 —fecha en que la emplazada tomó conocimiento de que había culminado el proceso judicial en el que se había dictado la medida cautelar de reposición provisional del accionante—, dado que se desnaturalizó la contratación provisional. Y es que el actor continuó laborando 5 meses después de haber culminado el proceso judicial signado con el Expediente 2007-00888-0-0701-JR-CI-2. En este sentido, el demandante solamente podía ser despedido por causa justa de despido relacionada con su conducta o su desempeño laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, por lo que corresponde estimar la demanda.

Respecto al pago de las remuneraciones dejas de percibir

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

Efectos de la sentencia

12. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, corresponde ordenar la reposición de la parte demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

13. De otro lado, y de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia. Asi también, debe rechazarse el pago de costas, pues el estado esta exonerado del pago de ellas.

14. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, este Tribunal estima pertinente señalar que, cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto de cada una de dichas entidades, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.

15. En estos casos, la Administración Pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7 del Código Procesal Constitucional dispone que "El procurador público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado".

16. Con la opinión del procurador público pueden evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión buscada es estimable según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional) o proseguir con el proceso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho constitucional al trabajo; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.

2. **ORDENAR** al Gobierno Regional del Callao que reponga a don Elio Modesto Chavarry Espinal como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a las remuneraciones dejadas de percibir y las costas procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

Sobre la aplicación del Precedente Elgo Ríos

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

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

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

2. Al respecto, desde una perspectiva objetiva, considero que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad. En efecto, 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 (09 de agosto de 2012), no se encontraba vigente en el distrito judicial del Callao 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 ese sentido, no puede ser de aplicación lo estipulado en el

precedente Elgo Ríos, toda vez que la demanda ha sido interpuesta con anterioridad a la publicación del mencionado precedente, esto es, el 22 de julio de 2015.

En adición a ello se debe tomar en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia en la que se encuentra su causa. Ergo, no 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, acorde con el principio – derecho a la igualdad y la dignidad, amen 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).

   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.

Sobre la aplicación del Precedente Huatuco

6. En el precedente Huatuco (STC 05057-2013-PA), este Tribunal hizo referencia tanto a la función pública como a la carrera administrativa. Al respecto, entre otras cosas, se afirmó sobre la función pública que esta podía entenderse de forma amplia como la realización de funciones en una entidad pública, al margen del contrato laboral que vincule a la persona con el Estado. Por otro lado, se señaló que la carrera administrativa es un bien constitucionalmente protegido y que cuenta con reserva de ley para su configuración, todo ello a efectos de evitar deformar el régimen de funcionarios y servidores en la medida que se busca el ingreso en condiciones de igualdad.

7. Estando de acuerdo con lo anterior, es necesario mencionar que existe una distinción entre función pública y carrera administrativa. pues en atención a lo dispuesto en el precedente Huatuco, es claro que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando carrera administrativa, y que solo a este último grupo de personas, les corresponde aplicar las reglas del precedente mencionado, referidas al pedido de reposición.

8. Por otro lado, se advierte que desde siempre – en la historia de la legislación dedicada a regular la función pública - se ha distinguido claramente a los servidores "de carrera" del resto de empleadores del Estado. Siendo que, incluso la actual Constitución de 1993, insiste en esta distinción al hacer referencia a la "carrera administrativa", distinguiéndola de otras modalidades de función pública (artículo 40); de igual manera, la Ley de Servicio Civil utiliza el mismo sentido al establecer la existencia del "servidor civil de carrera", distinguiéndolo de otro tipo de funcionarios del Estado.

9. Siendo que, el precedente Huatuco se sustenta indubitablemente en bienes jurídicos relacionados directamente con la idea de carrera administrativa y con una noción más bien genérica de función pública, tenemos que la regla central es la siguiente:

   "El ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de metidos a una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada" (fundamento jurídico 9).

   Y si bien este párrafo hace mención expresa al "ingreso a la administración pública", de modo general, dicha afirmación debe interpretarse en un sentido estricto, vinculado al inicio o la promoción de la carrera administrativa, en el contexto de lo argumentado y dispuesto en la propia sentencia, y atendiendo a los valores y principios que la sustentan.

10. Por tanto, el bien que busca proteger el precedente es el de la carrera administrativa, lo cual justifica que se haga referencia a la necesidad de todo pedido de reposición requiere que el demandante haya accedido previamente a la plaza a través de un concurso de méritos, previa evaluación, siempre y cuando exista plaza vacante, siendo nulo todo acto administrativo contrario a dicho procedimiento. Es decir, se promueve que el acceso a dicha plaza atienda a criterios meritocráticos, por lo que, no tendría sentido exigir este tipo de estándar para la reposición laboral si se trata 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.

11. En ese sentido, es claro que el precedente Huatuco solo resulta aplicable cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Siendo esto especialmente relevante para el caso en concreto, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública, y otros que claramente no forman parte de ella, tal es el caso de los obreros municipales y sus asimilables, sujetos a la actividad privada, tema que será abordado en los fundamentos siguientes.

Sobre la aplicación del criterio establecido en Cruz Llamos

12. Ahora bien, 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 demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública, debido a que no tendría sentido exigir el empleo de criterios meritocráticos cuando no se requiere tomar en cuenta estas consideraciones frente a quienes no son parte de la carrera administrativa (cfr. fundamentos 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC).

13. 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).

14. Por estos motivos, este Tribunal precisó que, para que sean aplicables las reglas del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, es necesario que el caso en cuestión presente las siguientes características:

    a. El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.

    b. Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), a la cual corresponde acceder a través de un concurso

público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

15. Por todo lo expuesto, considero que el presente caso tiene los elementos suficientes para ser resuelto atendiendo al fondo de la presente controversia.

S.

MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

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

EXP. N.° 03326-2015-PA/TC
CALLAO
ELIO MODESTO CHAVARRY ESPINAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito realizar las siguientes observaciones:

1. Considero importante resaltar que el Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo. Es en ese contexto que se han dictado una serie de precedentes y criterios que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada situación.

2. La verificación de cada uno de estos elementos, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. En esa línea, no parecería conveniente, como podría entenderse de la lectura del texto presentado por el ponente, prescindir del análisis respecto a la interacción entre los diversos precedentes y criterios que guardan relación con la presente controversia.

3. Al respecto, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, desde la perspectiva objetiva debe atenderse a la estructura del proceso, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea). También a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).

4. Por otra parte, y desde la *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

5. Es en este sentido que considero que debió realizarse el respectivo análisis de procedencia de la demanda, tomando en cuenta los criterios establecidos, con carácter de precedente, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

6. Deben entonces respetarse las pautas establecidas por este Tribunal al respecto, 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, por ejemplo, apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo o no aplicarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Eloy Espinosa Saldaña

Lo que certifico:

.....

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 03326-2015-PA/TC
CALLAO
ELIO MODESTO CHAVARRY
ESPINAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

El artículo 27 de la Constitución dice:

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 03326-2015-PA/TC
CALLAO
ELIO MODESTO CHAVARRY
ESPINAL

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso, considero que la demanda debe declararse IMPROCEDENTE, por las siguientes razones:

1. El demandante solicita que se ordene su reincorporación como chofer de unidades livianas en el Gobierno Regional del Callao, aduciendo que mantuvo una relación de naturaleza laboral a plazo indefinido con la entidad demandada y que, por ende, no podía ser despedido sin el procedimiento legal establecido para el régimen laboral privado. Alega que tras ser despedido arbitrariamente el 2 de enero de 2007, volvió a trabajar para la demandada en virtud de la medida cautelar dispuesta en el proceso contencioso administrativo que siguió contra la emplazada por ese despido, y que si bien dicho proceso concluyó con una resolución de la Corte Suprema declarando improcedente la demanda, la emplazada fue notificada el 4 de enero del 2012, no obstante lo cual le permitió continuar laborando hasta el mes de mayo de ese año, por lo que ya no podía ser despedido sin justa causa.

2. Ahora bien, en autos no obra documento alguno del que se aprecie cuál fue la labor o el cargo que desempeñó el actor y al que, de ser el caso, se le repondría, pues si bien él afirma haber sido chofer de unidades liviana, sin embargo en la cláusula segunda del contrato de locación de servicios que suscribió en razón de la medida cautelar dispuesta en el proceso anterior (fojas 64) se consignó que él sería "puesto a disposición de la Oficina de Recursos Humanos quien determinará la función específica", y en la última parte de la octava cláusula se precisó "sin perjuicio de retornar a su plaza de origen en cuanto se concluya con el plazo de contratación de la persona que lo ocupa actualmente"; además, en la segunda cláusula del último contrato de locación de servicios que suscribió (fojas 24) se precisó que "prestará servicios en la Gerencia Regional de Defensa Nacional, Seguridad Ciudadana y Defensa Civil, quienes, a su vez, serán los encargados de determinar las funciones que desempeñará". A ello se suma el hecho de que en los recibos por honorarios emitidos por el actor, que aluden al período de enero a abril del 2012 (fojas 18 a 22), tampoco se señala las labores desarrolló, consignándose únicamente la expresión "Pago correspondiente al mes de [...]".

3. Por otro lado, tampoco obra en autos documento alguno del que conste el horario en el que habría prestado sus servicios. Por ello, no es posible establecer la existencia de los elementos propios de un contrato de trabajo, esto es, la prestación de servicios en forma personal, bajo subordinación y con un horario.

4. En ese sentido, dado que el proceso de amparo carece de etapa probatoria que permita dilucidar la presente causa, la demanda debe rechazarse de plano, dejándose a salvo el derecho del actor para que reclame en la vía correspondiente. En consecuencia, mi voto es por declarar IMPROCEDENTE la demanda.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).

---

[1] Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.
[2] Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.
> **Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido**. [...].
> En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de

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

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

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

Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

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

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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