# SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de abril de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan el fundamento de voto de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez y el voto singular de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

## ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Ángel Orlando Abanto Roncal contra la resolución de fojas 117, de fecha 17 de febrero de 2016, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que resolvió reconducir la demanda de autos a la vía laboral.

## ANTECEDENTES

Con fecha 12 de enero de 2015 (fojas 30), el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de San Marcos. Solicita que se lo reincorpore en su centro de trabajo como obrero municipal, por haberse vulnerado su derecho constitucional al trabajo, a la estabilidad laboral y al debido proceso, más el pago de los costos del proceso.

Manifiesta que comenzó a laborar en la Municipalidad el 1 de octubre de 2010, prestando servicios de obrero de limpieza pública al servicio de la emplazada, alega que laboró en forma ininterrumpida hasta el 7 de enero de 2015, fecha en que fue despedido sin que mediara causa justa.

Alega que se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada, conforme lo prescribe el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972. Asimismo, señala que ha laborado por más de cuatro años al servicio de la municipalidad. En mérito a lo expuesto, el recurrente señala que, en su opinión, al haber superado el periodo de prueba de tres meses, goza de estabilidad en el puesto de trabajo.

El representante de la Municipalidad Provincial de San Marcos propone las excepciones de incompetencia por razón de la materia, de ambigüedad en el modo de proponer la demanda y por acumulación indebida de pretensiones. Además, contesta la demanda argumentando que el demandante estaba sujeto al régimen de trabajadores de Construcción Civil, y que realizó labores de limpieza pública solamente durante los últimos dos meses. Por ende, no corresponde contar ambos periodos para sustentar que habría superado el periodo de prueba de tres meses previsto en la legislación de la actividad laboral privada.

El Juzgado Mixto de San Marcos, con fecha 5 de agosto de 2015, resuelve reconducir la demanda a la vía laboral y declara la nulidad de todo lo actuado, considerando que, en aplicación del precedente contenido en la sentencia del expediente 05057-2013-PA/TC, el demandante no había ingresado a la municipalidad a través de un concurso público de méritos. La Sala revisora confirma la apelada por los mismos fundamentos.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se restituya al recurrente como trabajador a plazo indeterminado en el cargo de obrero de limpieza pública que estuvo ocupando, por haber sido víctima de un despido incausado. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la estabilidad laboral y al debido proceso.

### Consideraciones procesales

2. Este Tribunal Constitucional ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo laboral, sobre todo en el sector público. Es en ese contexto que se han dictado los precedentes emitidos en los Expedientes 00987-2014-PA/TC (caso "Vásquez Romero"), 02383-2013-PA/TC (caso "Elgo Ríos"), 05057-2013-PA/TC (caso "Huatuco") y 06681-2013-PA/TC (caso "Cruz Llamos"). Dichos precedentes interactúan entre sí para otorgar una respuesta adecuada a cada situación.

3. Ahora bien, esta interacción responde a un orden, que no es otro que el del propio Código Procesal Constitucional, así como de un respeto a un criterio de especialidad. Es decir, corresponde realizarse primero un análisis del contenido constitucionalmente protegido (art. 5.1 Código Procesal Constitucional) y luego un análisis de la vía igualmente satisfactoria (art. 5.2 del citado Código), para luego pasar a las causales más específicas de improcedencia, como las que se refieren a la pertenencia o no a la carrera administrativa.

4. 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.

### Procedencia de la demanda

5. El demandante alega la vulneración a sus derechos al trabajo, la estabilidad laboral y el debido proceso, toda vez que habría sido despedido de su centro de labores sin mediar justa causa. Dicha situación, según refiere el demandante, sería irregular debido a que habría mantenido una relación laboral a plazo indeterminado con la emplazada. Por lo expuesto, se verifica que la demanda se encuentra referida al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, razón por la

cual se supera la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

6. De otro lado, este Tribunal ha señalado, en la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, que 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).

7. 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).

8. Con respecto a la necesidad de tutela urgente por la magnitud del bien involucrado o del daño, este 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).

9. En este contexto, considero que en el presente caso, debe tenerse presente que estamos ante una situación vinculada a trabajadores en manifiesta situación de vulnerabilidad e incluso pobreza[1] (se trata de obreros con remuneraciones y prestaciones sociales mínimas), quienes se encuentran además en situación de

[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).

precariedad institucional (están especialmente expuestos a despidos arbitrarios, como se evidencia con los casos llegados a esta sede). Más aún cuando, en casos como el presente, el demandante es una persona en situación de discapacidad visual tal como lo acredita con la resolución que lo incorpora al Registro Nacional de Personas con Discapacidad y con su carné de inscripción en dicho registro (fojas 27 y 28).

10. Junto a ello, debe tomarse en cuenta que existe un mandato constitucional expreso dirigido a brindar protección reforzada a los sectores que sufren desigualdad (artículo 59 de la Constitución). En mérito a todo lo expuesto, no puede hablarse de que en este caso en particular existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo.

11. Y, sumado a lo ya señalado, debe verificarse también la pauta específica para trabajadores que tienen como pretensión la reposición en la función pública.

12. En ese sentido, conviene tener presente que en la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de junio de 2015, este Tribunal estableció en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, que en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó en la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.

13. Sin embargo, es importante señalar como en la Sentencia recaída en el Expediente 06681-2013-PA/TC (caso "Cruz Llamos"), estas reglas fueron precisadas, partiendo de la distinción entre función pública y carrera administrativa, toda vez que no todas las personas que laboren para entidades públicas en rigor realizan carrera administrativa ni acceden a sus puestos de trabajo por concurso público. Es más, en muchos casos, exigir ello carecería de sentido.

14. Como consecuencia de estos pronunciamientos se tiene que los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, y a su precisión en el Expediente 06681-2013-PA/TC, permiten la aplicación de la regla jurisprudencial para la reposición en la función pública, son los siguientes:

    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).

15. En el caso bajo análisis, tenemos que la plaza a la que pretende ser repuesto el demandante no forma parte de la carrera administrativa. Ello pues se trata de un obrero que desempeña labores de limpieza pública. En ese sentido, quedando claro que la consecuencia de no desnaturalizar lo previsto en la Sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC, lleva a resolver la presente controversia en sede de Amparo; y además, siendo evidente que aquí es aplicable lo previsto en el Expediente 06681-2013-PA/TC como precisión a lo establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, corresponde a este Tribunal conocer el fondo de esta controversia.

**Análisis del caso concreto**

16. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona". El artículo 27 señala que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

17. El artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita, y el segundo, en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece".

18. Por otra parte, el principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución. Es más, este Tribunal ha precisado, en la sentencia recaída en el Expediente 01944-2002-AA/TC, 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" (fundamento 3).

19. En el presente caso, el demandante sostiene que ha laborado ininterrumpidamente para la municipalidad emplazada desde el 1 de octubre de 2010 hasta el 7 de enero de 2015, periodo en el cual realizó labores de naturaleza permanente. Por su parte, la emplazada no cuestiona las fechas en que el demandante señala haber prestado labores a la municipalidad, sino que afirma que el actor no mantuvo un vínculo laboral a plazo indeterminado, sino que se trataba de un trabajador de construcción civil, sujeto a un régimen especial y que solamente se llegó a desempeñar como obrero de limpieza pública los dos últimos meses que laboró para la municipalidad.

Por dicha razón, alega, el demandante no había superado el periodo de prueba y, por tanto, no gozaba de estabilidad laboral.

20. Ahora bien, se han presentado copias de las boletas de pago correspondientes a los meses de octubre a diciembre de 2010; de enero a diciembre de 2011; de enero, febrero y de junio a diciembre de 2012; de enero a diciembre de 2013; y de febrero a abril de 2014. Dichas boletas, además, cuentan con el sello de la Unidad de Personal de la demandada y no han sido cuestionadas por esta. En consecuencia, ha quedado acreditado que el demandante realizó una labor personal remunerada a favor de la Municipalidad Provincial de San Marcos (fojas 2 a 23).

21. De otro lado, a fojas 24, obra copia del memorándum 171-2014-ALCALDÍA-MPSM, de fecha 6 de noviembre de 2014, con firma y sello del Alcalde, a través del cual se dispone la rotación del recurrente a la Sub Gerencia de Limpieza Pública. Ello nos permite verificar que el actor se encontraba sujeto a subordinación por parte de la Municipalidad Provincial de San Marcos.

22. Del análisis integral de dichos medios probatorios, queda claro que la relación que mantuvo el demandante con la Municipalidad Provincial San Marcos es una relación laboral a plazo indeterminado, sujeta al régimen laboral de la actividad privada (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728), toda vez que los instrumentales mencionados acreditan que el accionante realizaba labores de carácter permanente, remuneradas y se encontraba sujeto a subordinación.

23. Por otra parte, carece de fundamento lo alegado por la demandada, referido a que el actor habría estado sujeto al régimen de construcción civil, pues, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.° 727, únicamente las empresas constructoras de inversión limitada están facultadas para contratar personal para la prestación de servicios bajo dicho régimen, por lo que, no siendo este el caso de la Municipalidad emplazada, la contratación del demandante bajo un supuesto régimen de construcción civil sería fraudulenta. Asimismo, de la revisión de los actuados también se desprende que la demandada no ha podido acreditar la existencia de algún contrato modal para obra determinada.

24. 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 emplazada de manera personal, bajo subordinación y de forma remunerada. Por ende, en rigor tenía un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

25. En mérito a lo expuesto, y en mérito a la aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que aquí entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral. Por ello, para el cese del actor debió imputarse una causa relativa a su conducta o capacidad laboral que lo justifique, otorgándole los plazos y derechos a fin de que haga valer su defensa, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse vulnerado el derecho al trabajo; en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto el demandante.

2. **ORDENAR** que la Municipalidad Provincial de San Marcos reponga a don Ángel Orlando Abanto Roncal como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 03953-2016-PA/TC
CAJAMARCA
ÁNGEL ORLANDO ABANTO RONCAL

**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 defensa, discrepo de los fundamentos 2 al 15 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 aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho 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, me aparto de los fundamentos 12 a 15 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 Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 03953-2016-PA/TC
CAJAMARCA
ÁNGEL ORLANDO ABANTO RONCAL

# FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque si bien coincido en que la demanda debe ser declarada fundada, debo precisar las razones por las cuales considero que en el caso de autos concurre la necesidad de tutela de urgencia

La situación de tutela urgente la advierto por tratarse el caso de autos de un amparo laboral interpuesto por un obrero municipal cuyo promedio de ingresos percibidos dentro de los últimos doce meses anteriores de ocurrido el alegado despido arbitrario es de S/. 924 (fojas 21 a 23). Así, al considerar la línea de pobreza *per cápita* nacional en S/. 338, se puede asumir como monto base la suma de S/. 1352 si consideramos 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, considero que en los casos en que un obrero municipal perciba una remuneración mensual por debajo del monto anteriormente señalado, corresponderá ventilar el caso en la vía del proceso constitucional del amparo.

Por las razones expuestas, considero que debe declararse **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho al trabajo del demandante. En consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del mismo. Por tanto, se debe **ORDENAR** a la Municipalidad Provincial de San Marcos que reponga a don Ángel Orlando Abanto Roncal como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, con el pago de costos.

**S.**

**RAMOS NÚÑEZ**

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 03953-2016-PA/TC
CAJAMARCA
ANGEL ORLANDO ABANTO RONCAL

# 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**, ya que al momento de interponer la demanda, el recurrente contaba con una vía igualmente satisfactoria a la cual acudir. Asimismo, considero pertinente precisar que la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC (caso Cruz Llamos) al no constituirse en precedente o doctrina jurisprudencial, carece de fuerza vinculante para inaplicar o cambiar el precedente Huatuco. Mis razones son las siguientes:

**El proceso laboral abreviado contemplado en la Ley 29497, es una vía igualmente satisfactoria, conforme al precedente emitido en el Expediente 02383-2013-PA/TC**

1. El recurrente interpone demanda de amparo con fecha 12 de enero de 2015, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo de obrero de limpieza pública al servicio de la Municipalidad Provincial de San Marcos. Manifiesta que laboró de forma ininterrumpida para la municipalidad demandada, desde el 1 de octubre de 2010 hasta el 7 de enero de 2015, bajo subordinación, dependencia y cumpliendo estrictamente un horario.

2. En la Sentencia emitida en el expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, el Tribunal estableció, en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a 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.

3. En este caso, desde una perspectiva objetiva, tenemos que el proceso laboral abreviado de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. Es decir, el proceso laboral se constituye en una vía célere y eficaz respecto del amparo, donde puede resolverse el caso de derecho fundamental propuesto por el demandante, de conformidad con el fundamento 27 de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, tanto más cuanto dicha vía ordinara permite solicitar medidas cauteles a fin de evitar que la eficacia de la sentencia se vea afectada por una eventual demora en el trámite de la causa.

4. Por otro lado, atendiendo a una perspectiva subjetiva, en el caso de autos no se ha acreditado un riesgo de irreparabilidad del derecho en caso se transite la vía ordinaria.

   De igual manera, tampoco se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho en cuestión o de la gravedad del daño que podría ocurrir; criterio que se encuentra conforme a los pronunciamientos reiterativos del Pleno de este Tribunal, en los que también, obreros municipales alegaron la vulneración del derecho al trabajo (sentencias emitidas en los Expedientes 01741-2013-PA/TC, 03269-2014-PA/TC, 01395-2013-PA/TC, 04381-2013-PA/TC, 04216-2014-PA/TC, 03770-2014-PA/TC).

5. Por lo expuesto, en el caso concreto existe una vía igualmente satisfactoria que es el proceso laboral abreviado. En consecuencia, la demanda de amparo debe ser desestimada.

6. Ahora bien, atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, correspondería habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la precitada sentencia.

**La sentencia del caso Cruz Llamos no es jurisprudencia vinculante**

7. Por otro lado, es necesario mencionar que el caso Cruz Llamos no debe ser aplicado más allá del caso concreto que resolvió, dado que no es precedente ni doctrina jurisprudencial. Es decir, no es una sentencia que sea vinculante, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8. La referida sentencia pretende pues dejar sin efecto los criterios normativos establecidos en el caso Huatuco sin respetar que este tiene el estatus de precedente y que fue adoptado de conformidad con el artículo VII del citado código.

9. De tal forma que persistir en aplicar el caso Cruz Llamos en lugar del precedente Huatuco carece de base normativa y jurisprudencial. Si no se está de acuerdo con un precedente, no se puede intentar revocarlo con la etiqueta de "precisar" sus alcances. Esto pues debilita la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional.

10. En efecto, más allá que se señale en reiterada jurisprudencia que el caso Cruz Llamos únicamente ha "precisado" los alcances del precedente Huatuco, lo cierto es

que en realidad lo que dicha sentencia pretende es dejarlo sin efecto. Su vocación es deshacer su regla que **es ordenar mediante un criterio unificado la exigencia del concurso público de méritos para los trabajadores que no pertenecen a la carrera administrativa**, sean profesionales, técnicos, obreros, etc. (como lo son los trabajadores públicos del régimen laboral del Decreto Legislativo 728).

11. Esto es importante destacar porque la controversia que resolvió precisamente el precedente Huatuco trató acerca de una trabajadora que se había desempeñado como secretaria judicial de la Corte Superior de Justicia de Junín y que pertenecía al régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 (es decir, no era una trabajadora de carrera), situación que motivó a este Tribunal a esclarecer la obligatoriedad del requisito del concurso público de méritos para acceder a una plaza a tiempo indefinido en el régimen laboral privado del Estado.

12. Por eso, el precedente Huatuco estableció un criterio normativo que está dirigido a los trabajadores del sector público que pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo 728 porque en dicho régimen no es un requisito legal el aprobar un concurso público de méritos, en vista que primigeniamente fue concebido como un régimen para regular los contratos laborales del sector privado y empresarial; pero que, en la medida que luego se autorizó legalmente su aplicación a la Administración Pública (poderes del Estado, ministerios, organismos reguladores, municipalidades provinciales, locales, etc.), surgió el problema de si era o no aplicable el concurso público respecto del personal del Estado.

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

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

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

14. Por esta razón, los fundamentos del caso Cruz Llamos confunden a los justiciables y a todos cuando afirman que el precedente Huatuco se ampara en la carrera

administrativa como bien jurídico constitucional para preservar el concurso público en los regímenes de la "carrera administrativa", lo cual no es, de ningún modo, cierto. Lo que hace el precedente es demostrar que, conforme al capítulo de la función pública de la Constitución y a la regulación constitucional de la carrera administrativa, se desprende que la Administración Pública, aunque emplee el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 para vincular a sus trabajadores, no lo convierte en una empresa privada, sino que quedaba claro que los trabajadores estaban igualmente al servicio de la Nación y se regían por el principio del mérito en el acceso a la función pública.

15. Y es que, de hecho, el precedente Huatuco no tiene la intención de referirse a los servidores de carrera como mal afirma el caso Cruz Llamos; por la sencilla razón de que la exigencia del concurso público para este universo de servidores nunca representó una incertidumbre interpretativa para la jurisprudencia constitucional, dado que ellos siempre han ingresado por concurso público y, por eso, hubiera resultado ocioso una problematización sobre el tema. El mismo régimen general de las carreras administrativas, el Decreto Legislativo 276, establece *expresamente* en su artículo 12 que es un requisito para el acceso a la carrera la aprobación de un "concurso de admisión". Lo mismo sucede con las carreras especiales, como las del personal policial y militar, de los jueces, de los fiscales, de los médicos, de los docentes universitarios, de los profesores, de los diplomáticos, etc., que estipulan el acceso por concurso público como una condición imperativa.

16. Además, ¿en qué oportunidad el Tribunal hubiera podido plantear el concurso público para los servidores de carrera si las controversias laborales de los trabajadores de la carrera administrativa no son desde hace mucho competencia de los jueces constitucionales, en virtud del precedente Baylón Flores, vigente desde el año 2005? Recordemos que desde ese precedente las pretensiones que se refieren a la reposición de los trabajadores de la carrera administrativa deben ser tramitadas en el proceso contencioso-administrativo por ser la vía igualmente satisfactoria, lo cual se cumple hasta la actualidad, incluso, con el actual Pleno de magistrados.

17. ¿De dónde entonces el caso Cruz Llamos colige que el precedente tuvo como finalidad real resguardar el concurso público de los servidores que pertenecen a una "carrera administrativa"? Más aún si el mismo precedente precisa con claridad en sus fundamentos 3 a 6, que era necesario establecer una regla vinculante respecto de las diversas interpretaciones de los "artículos 4 y 77 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728" y del artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, en relación a la exigibilidad del concurso público. Es decir, claramente se refiere al régimen laboral privado en el Estado.

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

18. Entonces, cuando el caso Cruz Llamos refiere que "interpreta" el precedente Huatuco y luego establece que la regla del concurso público de méritos está circunscrita en realidad a las plazas de los trabajadores de la carrera administrativa, lo que incorpora es una supuesta "precisión" totalmente ajena al objeto del precedente, inoficiosa e innecesaria, toda vez que, como se ha referido, ellos ya ingresan por concurso público, porque así lo estipula desde su origen la misma regulación legal de su régimen, lo que no sucede con el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 aplicado al sector público, que es lo que se busca hacer frente con el precedente Huatuco desde la Constitución.

19. Por eso, los criterios establecidos en el caso Cruz Llamos no interpretan, sino que intentan "revocar" en forma encubierta el precedente porque si, en su inicio, este precedente fue expedido para ser aplicado en el caso de los trabajadores públicos que pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo 728; ahora se procura que el precedente se aplique a los trabajadores que pertenecen a la carrera administrativa, lo cual no es en ningún sentido la razón del precedente. Sería reducirlo a la nada y convertirlo en una mera repetición de lo que ya de por sí exigen las carreras administrativas.

20. Y en este punto debo precisar lo siguiente. Desde una perspectiva jurisprudencial, si se está en desacuerdo con el precedente Huatuco y se desea desmantelarlo, se deben utilizar los mecanismos institucionales adecuados para dejarlo sin efecto y establecer la regla que defienden, esto es, "que *no* es exigible el concurso público para acceder a una plaza para prestar servicios en el Estado", pero no se debe recurrir a construcciones interpretativas artificiales que solamente generan incertidumbre en los operadores jurídicos (sobre todo judiciales) y en los ciudadanos.

21. En efecto, si se asume que el caso Cruz Llamos es vinculante (lo cual negamos) restablecería la incertidumbre acerca de si los trabajadores que prestan servicios en el Estado bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 ingresarían o no por concurso público. Lo cual generaría desconcierto porque, sin perjuicio de la vigencia del precedente Huatuco, si tenemos que el propio legislador en el artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, ha previsto para toda la Administración Pública, en forma general y expresa, que "[e]l acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades", cómo es que el fundamento 10 del caso Cruz Llamos, sin mayores reparos, en contravención al precedente y a esta ley expresa, señala en relación al

criterio meritocrático que "**no tendría sentido exigir este tipo de estándar** para la reposición laboral si se tratara de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones ya que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa" (resaltado agregado).

22. Es decir, si se aplicara el criterio del caso Cruz Llamos, un secretario judicial de una corte superior de justicia, un profesional de un ministerio o un técnico de un organismo regulador que sea contratado o reincorporado en el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 podría pues ingresar a trabajar en la Administración Pública sin que necesariamente haya superado un concurso público porque, según se afirma, "no tendría sentido exigir este tipo de estándar" dado que no es parte de una carrera administrativa, situación que a todas luces me parece que no es el mandato de la Constitución ni de la ley.

23. En el caso de los trabajadores obreros, el caso Cruz Llamos asume de igual modo el mismo criterio: en tanto no pertenecen a una carrera administrativa tampoco le es exigible un concurso público de méritos. Sobre este particular, debo afirmar que si bien sus labores son manuales, muy distintas por cierto a las de un profesional, ello no significa que *per se* no puedan ser elegidos en virtud de criterios objetivos. Ellos pueden efectivamente aprobar un proceso de selección mínimo.

24. El problema no es el concurso público en sí. Si los obreros deben ser elegidos en forma distinta en comparación con los servidores profesionales o técnicos, dada la naturaleza de sus servicios —con lo cual estoy totalmente de acuerdo— la solución no es pues afirmar que no pertenecen a una carrera administrativa y, por ende, que no estarían sujetos a ningún tipo de concurso público o que "no tendría sentido exigir este tipo de estándar". Por el contrario, si la Constitución incorpora el principio meritocrático para vincularse al Estado y, en el caso particular de los obreros municipales, en el régimen laboral privado, **lo razonable más bien sería graduar el nivel de dificultad de los requisitos para ser elegible como obrero, antes que eliminar de plano el concurso público**, puesto que, aunque sean obreros y la naturaleza de sus funciones sean manuales, ello no supone que no exista ningún criterio objetivo de selección y que estemos a merced de la simple voluntad de los empleadores al momento de contratarlos.

25. En ese sentido, estoy en desacuerdo con que se aplique el caso Cruz Llamos como si fuera vinculante, pues como he explicado no es precedente ni doctrina jurisprudencial y, además, pretende deformar los criterios establecidos en el precedente Huatuco, al señalar que solamente se aplica a los servidores de la carrera administrativa cuando es evidente que está dirigido a los trabajadores que no pertenecen a él y, sobre todo, a aquellos que se rigen bajo el régimen laboral

privado del Decreto Legislativo 728. Por eso, el precedente no necesita "precisión" y debe ser acatado en todos sus términos sin modificación alguna.

**La importancia del concurso público de méritos**

26. Finalmente, debo advertir que existe en el caso Cruz Llamos una subestimación implícita del concurso público de méritos. Como si este fuera un ritual burocrático más que da igual si insistimos en él o no. Cuando en realidad el concurso público de méritos es todo lo contrario; pues cumple un rol fundamental a favor de la igualdad de oportunidades, en la calidad de los servicios públicos que brinda el Estado y en la lucha contra la corrupción, que es uno de los problemas sociales que más afecta a nuestro país y contra el cual deberíamos estar todos comprometidos.

27. El concurso público de méritos es pues una herramienta adecuada para hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades porque, con base en las mismas reglas de juego para todos, nos asegura que los aspirantes a un puesto público (profesionales, técnicos u obreros) que demuestren poseer los conocimientos y/o experiencias para desempeñar las actividades requeridas serán seleccionados para prestar servicios en el Estado.

28. Ello evidentemente redundará en la calidad de los servicios públicos estatales dado que la incorporación de los mejores trabajadores públicos incidirá positivamente en la gestión interna de las instituciones estatales y, consecuentemente, en la calidad de sus servicios a la ciudadanía, fortaleciendo, finalmente, la confianza de estos respecto a sus autoridades y entidades públicas.

29. Por otro lado, el concurso público de méritos también es una forma de combatir la corrupción en el Estado porque elimina las prácticas de contratación según el beneficio privado o de terceros. De ahí que velar por procedimientos de selección que sean públicos y sobre la base del mérito deba ser un esfuerzo no solo de las autoridades de la Administración Pública, sino también de las jurisdiccionales, entre ellas el Tribunal Constitucional.

30. En ese esfuerzo de lucha contra la corrupción se ha encaminado la reciente Comisión Presidencial de Integridad, que entre sus puntos de su informe final ha propuesto instaurar la máxima transparencia en el Estado y fortalecer el servicio civil, afirmando que "para eliminar la corrupción en el Estado es indispensable contar con un servicio civil profesional basado en el mérito y la flexibilidad" (Informe de la Comisión Presidencial de Integridad, 4 de diciembre de 2016, página 8).

31. En forma más específica, la Autoridad del Servicio Civil ha expedido la Resolución de Presidencia Ejecutiva 060-2016-SERVIR-PE, que aprueba la Directiva 002-2016-SERVIR/GDSRH, "Normas para la Gestión de los Procesos de Selección en el Régimen de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil", con la finalidad, precisamente, de estandarizar y uniformizar el proceso de selección para promover que las entidades públicas cuenten con servidores civiles idóneos de acuerdo con los perfiles de puestos y sobre la base de los principios de meritocracia, transparencia e igualdad de oportunidades.

32. En ese sentido, y en la lógica de promover la máxima transparencia en el Estado y el fortalecimiento del criterio del mérito, estimo que en la aplicación del concurso público como política pública de recursos humanos, los procesos de selección de personal deben ser, por lo menos:

- **Públicos**: La publicidad debe ser un principio de los procesos de selección desde la convocatoria de la entidad con los requisitos del perfil del puesto hasta el resultado final del proceso;

- **Especializados**: El órgano que realice el concurso público debe ser un órgano técnico con las suficientes competencias para evaluar al candidato y asegurar que su perfil se adecúe a lo requerido por la entidad;

- **Imparciales**: Se debe verificar que el funcionario o los miembros del órgano que lleven a cabo el concurso público no tengan amistad, relación o conflicto de intereses con los candidatos al puesto, para garantizar la objetividad de la selección del trabajador público;

- **Impugnables**: Los resultados finales del concurso público deben ser susceptibles de impugnación ante un órgano superior mediante un recurso sencillo y rápido; y,

- **Sujetos a veedurías**: La sociedad civil organizada, organismos estatales distintos de la entidad convocante o incluso los sindicatos o representantes de los trabajadores deben tener la posibilidad de participar en la vigilancia de los concursos públicos con la finalidad de que se controle la regularidad e imparcialidad del proceso.

33. Por lo expuesto, considero entonces que el caso Cruz Llamos, además que pretende desmantelar el precedente Huatuco sin ser un precedente vinculante ni doctrina jurisprudencial, no apoya a una política de mejorar los servicios públicos a través de destacados trabajadores públicos; y tampoco contribuye a fortalecer aquellos mecanismos que pueden servirnos para combatir la corrupción dentro del Estado,

como lo es el concurso público de méritos para la selección de personal. Por estas razones adicionales, reafirmo mi posición respecto a que el caso Cruz Llamos carece de fuerza vinculante para inaplicar o cambiar el precedente Huatuco, el mismo que sigue plenamente vigente.

En consecuencia, ya que el demandante contaba con una vía igualmente satisfactoria, al momento de interponer la presente demanda de amparo, conforme al precedente emitido en el Expediente 02383-2013-PA/TC, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de autos y ordenar habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

S.

**LEDESMA NARVÁEZ**

*Lo que certifico:*

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

# VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

> debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2°, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59°; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61° de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que "la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario", se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario,* englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

> Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado.*

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como "sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón", lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.

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

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

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

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

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

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

**S.**

**SARDÓN DE TABOADA**

*Lo que certifico:*

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**. [...].

[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).

> 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 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.