

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de marzo de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez aprobado en la sesión de Pleno administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

ASUNTO

ANNECEDENTES

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Alberto Luyo Delgado contra la resolución de fojas 410, de fecha 20 de abril de 2015, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró infundada la demanda de autos.

Con fecha 8 de enero de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado (Emapa) Huaral SA. Solicita que se ordene su reposición laboral en el puesto de gerente comercial que desempeñaba antes de que lo despidieran arbitrariamente, percibiendo la remuneración que corresponde a su nivel, incluyendo las bonificaciones, asignaciones y otros beneficios de acuerdo a ley. Asimismo, solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde su despido, el respeto de sus ocho horas de trabajo y el pago de los costos y costas del proceso. Manifiesta que laboró desde el 20 de diciembre de 2006 hasta el 4 de enero de 2014, en virtud de sucesivos contratos de trabajo sujetos a modalidad, ejerciendo una función de carácter permanente incluso después del vencimiento del contrato, de modo que dichos contratos temporales se desnaturalizaron, generándose una relación laboral de naturaleza indeterminada; en consecuencia, debió existir una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justificara su despedido. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, al debido proceso y a la legítima defensa.

El gerente general de la empresa emplazada contesta la demanda. Aduce que el recurrente desempeñó sus labores en virtud de un contrato temporal cuyo plazo de vigencia venció el 31 de diciembre de 2013.

El Segundo Juzgado Civil de Huaral, con fecha 15 de setiembre de 2014, declara fundada en parte la demanda, por considerar que se ha acreditado la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad, y por estimar que, si bien el cargo de gerente comercial es un cargo de confianza, se ha acreditado que el demandante anteriormente laboró como técnico en cortes y reconexiones, puesto al que debió regresar al finalizar su designación como gerente comercial.



La Sala superior revisora revoca la apelada y declara infundada la demanda, por considerar que, al haber desempeñado un cargo de confianza, el demandante no tenía derecho a estabilidad en el cargo.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa

Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Huaura, y que, en vista de que la Nueva Ley Procesal de Trabajo, (Ley 29497) no fue implementada en el referido distrito judicial al interponerse la demanda, de conformidad con la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional de amparo es la vía idónea para resolver la controversia.

Delimitación del petitorio

2. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando, porque habría sido objeto de un despido incausado, lesivo de su derecho constitucional al trabajo.

Argumentos de la parte demandante

3. El demandante afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de su derecho constitucional al trabajo, debido a que, si bien a una relación laboral sujeta a modalidad, esta se desnaturalizó al haber desempeñado funciones permanentes y al haber laborado sin contrato. Por lo tanto, solo podía ser despedido por una causa relacionada con su capacidad o conducta laboral.

Argumentos de la parte demandada

4. El gerente general de la empresa demandada alega que el recurrente desempeñó sus labores en virtud de una relación laboral sujeta a modalidad cuyo plazo de vigencia ya concluyó.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

5. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona"; y el artículo 27 de la carta magna señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".



- 6. El segundo párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú especifica que "[n]o están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta".
- 7. En el presente caso debe determinarse si las funciones asignadas al demandante eran propias de un trabajador de confianza, puesto que, de ser este el caso, la demandada estaba autorizada para extinguir el vínculo laboral por retiro de la confianza; o si, según fuera el caso, el demandante debía retornar a las funciones comunes u ordinarias que desempeñaba antes de haber sido promovido.
 - De acuerdo con lo previsto en el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, y tienen acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.
- 9. Este Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 03501-2006-PA/TC, fundamento 16, ha destacado lo siguiente: "la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que impliquen tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él".
- 10. En el fundamento 13 de la misma sentencia se ha precisado también que "la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores [personal de dirección y personal de confianza] radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos".
- 11. También es pertinente resaltar que en la sentencia expedida en el Expediente 00575-2011-PA/TC se ha señalado que un cargo debe ser calificado como de confianza por las responsabilidades, obligaciones y relación que mantiene el trabajador con su empleador; y que, en ese sentido, la realidad de los hechos y la naturaleza de las labores determinan si un cargo es o no de confianza o de dirección. Por tanto, a fin de determinar si el recurrente era un trabajador de





confianza, se deberá analizar el presente caso en función de lo dispuesto en las referidas sentencias.

- 12. Como se advierte de la Resolución de Gerencia General 050-2008-G.G./EMPA HUARAL SA, de fecha 30 de abril de 2008 (fojas 200), de la comunicación con sumilla "rectificación de apellidos", de fecha 29 de abril del año 2008 (fojas 201), y de lo expuesto en la demanda (fojas 281) se evidencia que como consecuencia de un proceso de adopción el recurrente rectificó sus apellidos a fin de que no generase confusión la existencia de material probatorio con los anteriores apellidos del recurrente. Así, de Luis Alberto Susuki Sánchez pasó a llamarse Luis Alberto Luyo Delgado.
- 13. De los contratos de trabajo (fojas 5 a 23 y 262 a 267) y las boletas de pago (fojas 128 a 176 y 268 a 272) se verifica que desde el 6 de julio de 2006 hasta el 5 de enero de 2007 el demandante laboró en el cargo de técnico en corte y reconexiones, y a partir del 6 de enero de 2007 hasta el 4 de enero de 2014 laboró en el cargo de gerente comercial.
- 14. Al respecto, a fojas 19 a 20 obra el documento denominado "términos de referencia del contrato de trabajo sujeto a modalidad", donde se aprecia que el gerente comercial depende directamente del gerente general, siendo sus funciones generales: "(...) comercializar los servicios que brinda la Empresa, analizando y definiendo el perfil de los Clientes, posibilitando una atención eficiente en base a sus características y reales necesidades y agilizando los procesos de cobranza para cubrir los requerimientos financieros de la Empresa"; y sus funciones especificas:
 - 1. Planear, organizar, coordinar, y dirigir y controlar el desarrollo de las actividades comerciales de la Empresa.
 - 2. Definir y someter a la aprobación de la Gerencia General, las políticas y normas que orientarán las actividades de comercialización, cobranza de los servicios, medición de consumo y en general de trata con los clientes.
 - 3. Dirigir y coordinar la realización de estudios que tengan como fin la mejoría y eficiencia de los servicios.
 - 4. Verificar la efectiva aplicación de los cortes de conexiones y cobranzas y deudas, así como la aplicación de penalidades en estricto cumplimiento al Reglamento de Prestaciones de Servicios.
 - 5. Coordinar con la oficina de Planeamiento los estudios de mercado de los servicios determinando una estructura tarifaria adecuada a las condiciones socioeconómicas de los clientes, [...].
 - 6. Coordinar con la oficina de planeamiento el desarrollo de planes y programas de actividades bajo su responsabilidad.
 - 11. Coordinar con planeamiento el envío de informaciones sobre los resultados del funcionamiento del sistema comercial.



12. Proponer procedimientos aplicables para la recuperación de la cartera morosa, en coordinación con la Gerencia de Administración y Finanzas y la Oficina de Asesoría Legal.

13. Emitir a la Gerencia General, Oficina de Planeamiento y demás Gerencias informe de gestión comercial de la Empresa, así mismo la información para la evaluación y control presupuestal requerida por organismo del Estado.

A. Velar por la capacitación y desarrollo del personal a su cargo.

De ello se concluye que el demandante desempeñaba funciones que son propias de un trabajador de confianza, aunado al hecho que de acuerdo con los informes que obran de fojas 28 a 75, el recurrente reportaba directamente al gerente general los asuntos de su competencia y coordinaba con las demás gerencias de la emplazada. Por lo tanto, el cese de la relación laboral del demandante se entendería como un retiro de confianza que no constituye una afectación a su derecho al trabajo.

- 16. Sin embargo, debe atenderse a que este Tribunal en el Expediente 3501-2006-PA/TC, fundamento 11, inciso "f", ha precisado que "El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que se haya configurado una causal objetiva de despido indicada por ley".
- 17. Conforme se ha precisado en el fundamento 12 *supra*, el demandante ingresó a laborar el 6 de julio de 2006 en el cargo de técnico de cortes y reconexiones bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, cargo que ejerció hasta el 5 de enero de 2007, como se verifica de los contratos que obran a fojas 262 a 267 y de las boletas de pago que obran a fojas 268 a 272, luego de lo cual fue designado en el cargo de confianza de gerente comercial. En ese sentido, ahora corresponde analizar si dichos contratos sujetos a modalidad se desnaturalizaron y, por tanto, deberían ser considerados como un contrato de trabajo de duración indeterminada, porque, de ser así, no correspondería la extinción del vínculo laboral, sino su reincorporación al cargo anterior al designado de confianza.
- 18. El artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR, al establecer los requisitos formales de validez de los contratos modales, anota que estos "necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral".
- 19. Así las cosas, en las cláusulas primero y segundo de los contratos de trabajo sujeto a modalidad (fojas 262 a 267) se advierte lo siguiente:





PRIMERO: EL EMPLEADOR es una persona jurídica prestadora de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado en la ciudad de Huaral, que requiere de los servicios del trabajador para cumplir con sus objetivos programados en el cargo que se le asigne.

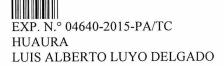
PRABAJADOR para que se desempeñe en el cargo de TÉCNICO EN CORTE Y RECONEXIÓN, de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado EMAPA HUARAL S.A, cuyas funciones y responsabilidades están contenidas en el respectivo Manual de Organización y Funciones, y los términos de referencia adjuntos, además de aquellas que EL EMPLEADOR determine e imparta por necesidad del servicio (...).

En los términos de referencia se detallan las siguientes funciones del técnico de corte y reconexiones:

- 1. Elaborar programas de cortes y clandestinos en coordinación con los órganos respectivos.
- 2. Emitir las órdenes de corte y reconexión por facturas morosas de consumo, servicios o créditos.
- 3. Disponer inspecciones selectivas de usuarios importantes a fin de detectar fraudes, incremento de consumos no registrados.
- 4. Emitir estadísticas por clientes.
- 5. Informar sobre las acciones de cortes y reconexiones efectuadas en el día para el registro respectivo.
- 6. Supervisar y controlar la ejecución de cortes y conexiones programadas.
- 7. Cumplir con las disposiciones y Reglamento de la Empresa.
- 8. Cumplir otras funciones relacionadas al cargo.
- 20. Del examen de dichos contratos temporales o modales, debe concluirse que la parte emplazada no ha cumplido con su obligación de precisar la causa objetiva que justifique la contratación a plazo determinado del demandante ni tampoco ha señalado la modalidad contractual por la cual se contrata. A mayor abundamiento, conforme es de verse de los términos de referencia, se verifica que el recurrente fue contratado para realizar labores que constituyen actividades permanentes dentro de la estructura organizacional de la emplazada, lo cual se ve reafirmado cuando en los contratos temporales se indican que las funciones y responsabilidades están contenidas en el respectivo Manual de Organización y Funciones, lo que evidencia el fraude en la contratación del actor.
- 21. Siendo así, resulta manifiesto que la parte emplazada utilizó la referida modalidad contractual con el propósito de simular una relación laboral de naturaleza temporal que en realidad era permanente, por lo que se ha incurrido en la causal de desnaturalización del contrato prevista en el inciso "d", del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR.







22. Por lo expuesto, en la medida en que el demandante, al 5 de enero de 2007, era un trabajador a plazo indeterminado, producido el retiro de la confianza en el cargo de gerente comercial, debió retornar a las actividades comunes y ordinarias que asumió cuando ingresó en la empresa demandada, lo que no ocurrió; en consecuencia, habiéndose despedido al demandante sin que se exprese una causa justa relacionada con su conducta o capacidad, procede la reposición como malidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, por haberse vulnerado el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

Efectos de la sentencia

- 23. 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 del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el puesto de técnico de cortes y reconexión que venía desempeñando antes que su situación variara a personal de confianza o en otro de igual o 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.
- 24. De otro lado, en la medida en que, en este caso, se ha acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo del demandante, corresponde, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, ordenar el pago de los costos procesales, los cuales deben ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia, mas no el pago de costas, atendiendo a lo estipulado en el citado artículo.
- 25. 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.
- 26. 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".





27. 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**, en parte, la demanda interpuesta porque se ha acreditado la vulneración del derecho constitucional al trabajo; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.
- 2. **ORDENAR** a la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado (Emapa) Huaral SA la reposición de don Luis Alberto Luyo Delgado como trabajador a plazo indeterminado en el puesto de técnico de cortes y reconexión que venía desempeñando antes que su situación variara a personal de confianza 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** el pago de costas procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA MIRANDA CANALES RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza Secretario Relator TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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

"Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Huaura, y que, en vista de que la Nueva Ley Procesal de Trabajo, (Ley 29497) no fue implementada en el referido distrito judicial al interponerse la demanda, de conformidad con la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional de amparo es la vía idónea para resolver la controversia".

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

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

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



- 2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.
- 3. En el presente caso, el recurrente interpuso su demanda el 8 de enero de 2014. Esto es, hace más de 4 años, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 7 de agosto de 2015 (hace más dos años), por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
- 4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por si tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reategui 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 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



VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estimo que la demanda de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, pues en la medida que el recurrente no ingresó a laborar mediante un concurso público de méritos no corresponde disponerse su inmediata reincorporación, sino más bien que debe reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que se solicite la indemnización que corresponda. Mis razones son las siguientes:

- 1. En principio, no coincido con la forma de interpretación aislada de las disposiciones constitucionales. Conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el principio de unidad de la Constitución establece que "la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un 'todo' armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto" (Exp. 05854-2005-PA/TC FJ 12).
- 2. Si bien el artículo 40 de la Constitución establece que "(...) No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado (...)", de ningún modo debe interpretarse aisladamente, como si no existieran otras disposiciones constitucionales que puedan coadyuvar en la respectiva interpretación final de dicho extremo. Asumir una interpretación aislada nos podría indicar que las empresas del Estado, son empresas, cien por ciento idénticas a las empresas privadas, y esa interpretación y desnaturaliza el mandato normativo de la Constitución. Si esa fuera la interpretación entonces la Contraloría General de la República no podría controlarlas, el Sistema Nacional de Presupuesto no podría limitarlas o el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad del Estado (FONAFE) no podría normar o dirigir dicha actividad empresarial. Las empresas del Estado, por ser del Estado están al servicio de la Nación y no de intereses privados. ¿Tienen límites? Claro que los tienen. No son, ni deben ser, un sector privilegiado respecto de las obligaciones, exigencias y control del Estado.
- 3. Así por ejemplo, el artículo 39 de la Constitución establece que "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...)". Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución dispone que "Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional". Esta norma constitucional ha sido recogida a nivel legal por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, conforme al cual

La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector



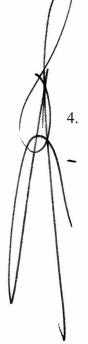
económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada.

Las Empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil.

Además, dicho decreto legislativo señala, en su artículo 4, que las empresas del Estado pueden ser de accionariado único, con accionariado privado y con Potestades Públicas.

- Ahora bien, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República Ley 27785, que regula el control gubernamental para prevenir y verificar la "... correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación", en su artículo 3 dispone que sus normas son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen, encontrándose entre ellas las empresas pertenecientes a los gobiernos locales y regionales e instituciones (literal b) y las Empresas del estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos u bienes materia de dicha participación" (literal f).
- 5. A ello debe agregarse que las empresas del Estado también se encuentran comprendidas dentro de la normativa que regula el presupuesto público. En efecto, el artículo 2, numerales 2, 5 y 6, del TUO de la Ley 28411 Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, señala que su ámbito de aplicación comprende a todas las entidades públicas, entre ellas las Empresas de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, así como las empresas del FONAFE y otras entidades no públicas no mencionadas en los numerales precedentes; además, en su artículo 5 establece que "Constituye Entidad Pública ...todo organismo con personería jurídica comprendidos en los niveles de Gobierno Regional y Gobierno Local, incluidos sus respectivos Organismos Públicos Descentralizados y empresas en las que el Estado ejerza el control accionario...".

Más aun, las Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30518 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2017, señaló que entidades públicas como las empresas y entidades bajo el ámbito del FONAFE, PETROPERU S.A., las empresas de los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales deben aprobar disposiciones de austeridad, disciplina y calidad en el gasto público y de ingreso de personal.





- 6. Lo expuesto en los fundamentos precedentes me llevan a considerar que dada la naturaleza de las empresas del Estado, las que incluso han sido tratadas como entidades públicas por diversa normas, las personas que prestan servicios en ellas son trabajadores públicos, aun cuando no hagan carrera administrativa, conclusión que encuentra respaldo incluso en el artículo 1 de la Convención Americana Contra la Corrupción, conforme al cual tiene dicha condición "(...) cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos (...)".
- 7. Ello, sin duda exige que el acceso a puestos de trabajo con vínculo laboral indeterminado en las empresas del Estado debe efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos a través de concurso público abierto, a fin de garantizar el ingreso de colaboradores idóneos y capacitados que no sólo coadyuven de manera efectiva, eficiente y con calidad en el desarrollo de las actividades propias de esas empresas, que por mandato constitucional fueron creadas por razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, sino que también garanticen la cautela de los esos intereses, tanto más cuanto para la realización de actividades empresariales el Estado destina fondos del erario público.
- 8. En el presente caso el demandante alega haber sido víctima de despido arbitrario y solicita que se deje sin efecto el mismo y que se ordene su reposición en el puesto de gerente comercial del que fue separado. Empero, si bien es cierto los contratos sujetos a modalidad en calidad de técnico de cortes y reconexiones se desnaturalizaron, porque el actor realizó actividades permanentes dentro de la estructura organizacional de la emplazada; sin embargo, no constando de autos que el recurrente hubiere ingresado a laborar por concurso púbico de méritos, a mi consideración no cabe disponerse su inmediata reincorporación, sino que debe reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que el recurrente solicite la de indemnización que corresponda.

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** el recurso de agravio constitucional y proceder conforme a lo dispuesto en el fundamento 8 *supra*.

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 legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

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

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

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

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.



4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).

5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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 urgente⁴.

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

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Ffavio Reategui Apaza Secretario Relator TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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