



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURÍMAC

MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

## 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, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Ramos Núñez y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Miriam Ángela Juro Ferrel contra la resolución de fojas 137, de fecha 24 de junio de 2015, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Abancay, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 28 de agosto de 2014, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Ica SA. En ella solicita que se ordene su reposición en el cargo de asistente de operaciones de la agencia 37 en la ciudad de Abancay, que declare la desnaturalización de sus contratos de trabajo sujetos a modalidad y que estos se consideren de duración indeterminada, más el pago de los costos del proceso. Refiere que laboró en virtud de contratos modales por necesidad de mercado a partir del 25 de noviembre de 2009 hasta el 30 de junio de 2014, fecha en la cual no se renovó su contrato, a pesar de que la empresa tomó conocimiento de su estado de gravedad (embarazo). Indica que el día 20 de junio de 2014 presentó su certificado médico a su empleador en la agencia de Puquio, donde venía laborando, y que nunca obtuvo respuesta alguna. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad ante la ley.

La apoderada de la emplazada propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda. Manifiesta que la extinción del vínculo laboral se debió al vencimiento del plazo del contrato y no a un despido arbitrario. Asimismo, señala que nunca se enteró del estado gestacional de la actora, ya que dicha trabajadora no efectuó ninguna comunicación. Agrega que se requiere de una etapa probatoria y que, por lo tanto, la vía constitucional no es la vía idónea.

El Juzgado Mixto de Abancay, con fecha 27 de enero de 2015, declara infundada la excepción propuesta, improcedente el extremo referido a la desnaturalización de los



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC  
APURÍMAC  
MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

contratos de trabajo de la actora y fundada en parte la demanda, por considerar que de los medios probatorios se observa que la recurrente puso en conocimiento de la demandada su estado de gestación adjuntando su certificado médico y que, la demandada no ha probado en modo alguno que dicho documento no fue puesto en conocimiento del área de recursos humanos. Por tanto, se deduce que fue informado sobre el estado de gravidez diez días antes del vencimiento de la adenda del contrato, de ahí que no exista ninguna razón justificante para que no le haya renovado nuevamente el contrato como lo había venido haciendo anteriormente, teniendo en cuenta que los contratos por necesidad de mercado se pueden realizar hasta por un máximo de cinco años. Además, se verifica que los contratos de la actora no superaban dicho periodo; en consecuencia, se presume que se trata de un despido motivado en el embarazo.

La Sala superior revisora revocó la apelada y declaró infundada la excepción de incompetencia planteada e improcedente la demanda, por estimar que el certificado médico jamás se puso formalmente en conocimiento de la entidad demandada, como pudo ser mediante un documento escrito. Agrega que los contratos de necesidad de servicios presentan una causa objetiva que justifica la contratación temporal; por ende, no se han llegado a desnaturalizar.

### FUNDAMENTOS

#### Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación de la demandante en el cargo de asistente de operaciones de la agencia 37 en la ciudad de Abancay y que se declare la desnaturalización de sus contratos de trabajo sujetos a modalidad, más el abono de los costos del proceso, ya que habría sido objeto de un despido, lesivo de sus derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad ante la ley.
2. De acuerdo a la información enviada a este Tribunal por el Poder Judicial, mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de fecha 3 de setiembre de 2015, el presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial informa sobre el cronograma de implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT). En dicho informe consta que a la fecha de interposición de la presente demanda (28 de agosto de 2014), aún no había entrado en vigor la NLPT en el Distrito Judicial de Apurímac; por lo tanto, en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURÍMAC

MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

### Análisis de la controversia

3. 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 su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
4. En los contratos de trabajo por necesidad de mercado de fojas 6 a 16 y las boletas de pago de fojas 17 a 23, se aprecia que la demandante ha laborado como auxiliar y asistente de operaciones desde el 25 de noviembre de 2009 hasta el 30 de junio de 2014.
5. En el presente caso, atendiendo a la naturaleza restitutoria del proceso de amparo, la controversia radica en determinar primero si la contratación por necesidades de mercado se desnaturalizó y si por ello deben considerarse como un contrato de trabajo de duración indeterminada, en cuyo caso la actora solo podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, imputándole las faltas respectivas y otorgándole el plazo de ley a fin de que ejerza su derecho de defensa.
6. El artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR establece los requisitos formales de validez de los contratos modales. Indica 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”.
7. El artículo 77 del mismo decreto también establece que “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: [...] d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”.
8. Asimismo, se debe tener en cuenta que el artículo 58 del Decreto Supremo citado establece que “El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC  
APURÍMAC  
MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el artículo 74 de la presente Ley. En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal”.

9. Asimismo, el referido artículo señala que “Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional”.

10. En tal sentido, se puede concluir que el incremento debe ser coyuntural, es decir, extraordinario y, en segundo lugar, los incrementos de la actividad empresarial deben ser imprevisibles. A ello se refiere el último párrafo del artículo 58 (citado):

“Si los incrementos no son imprevisibles quiere decir que son cíclicos o estacionales o que se repiten por temporadas, lo que no puede ocurrir a riesgo de conducir por la vía de las necesidades del mercado a labores fijas pero discontinuas (contrato por temporada) (...). La diferencia con el contrato por necesidad de mercado radica en lo previsible del hecho y en que las labores fijas discontinuas no estamos hablando de incrementos de actividad, sino más bien de reinicio de actividad (...). Por tanto, el contrato por necesidad de mercado debe especificar la causa objetiva que justifique la contratación temporal, en cuyo caso debe entenderse que no bastará citar la definición de esta figura, sino que habrá que insertar en el documento los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y sus efectos concretos para la empresa contratante”.

11. En el caso de autos, en los contratos de trabajo por necesidades de mercado, los cuales obran de fojas 6 a 16, en la cláusula tercera relativa a la causa objetiva del contrato, si bien se cita que “Por lo señalado en la cláusula precedente, LA CAJA contrata temporalmente los servicios personales de LA TRABAJADORA, los mismos que se desarrollarán a plazo fijo y bajo subordinación a cambio de la remuneración que se conviene en la cláusula sexta del presente contrato, el mismo que se formaliza de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. 003-97-TR)”, no consta la imprevisibilidad del hecho que genera las necesidades del mercado, el incremento extraordinario temporal y si estas no pueden ser cubiertas por personal permanente de la emplazada. Además de ello, si bien en la cláusula segunda se hace referencia a que “LA CAJA requiere incrementar temporalmente su producción a fin de atender la variación sustancial de la demanda de nuestras operaciones y servicios, lo que hace necesario contratar personal idóneo a plazo determinado, al amparo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral”, no se ha justificado esta causa.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC  
APURÍMAC  
MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

12. Por lo tanto, este Tribunal considera que los contratos modales suscritos por la demandante han sido desnaturalizados, por haberse producido el supuesto previsto en el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, debiendo ser considerados, entonces, como uno sujeto a plazo indeterminado, según el cual la demandante solamente podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

13. Por consiguiente, se han vulnerado los derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria del proceso de amparo, procede la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando antes del cese.

14. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la emplazada ha vulnerado los mencionados derechos constitucionales, corresponde, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, que asuma los costos y costas procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

15. Respecto a los alegatos de que habría sido objeto de trato discriminatorio la parte demandante, la sociedad emplazada afirma que no tuvo conocimiento del estado de embarazo pues “el certificado médico fue recepcionado por la misma demandante (...) toda vez que es ella quien directamente posee el sello de recepción de documentos de la agencia (Puquio) (...). Agrega que el certificado no fue remitido al área de recursos humanos” para el conocimiento del empleador, y que recién con la demanda tomaron conocimiento de su estado (folios 57). Este hecho es corroborado por la actora a fojas 72. Por esta razón, no existen elementos suficientes para corroborar en sede de tutela de urgencia estas afirmaciones.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo; en consecuencia, nulo el despido ocurrido en agravio de la demandante.
2. Ordenar a la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Ica SA que reponga a doña Miriam Ángela Juro Ferrel como trabajadora con contrato de trabajo a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC  
APURÍMAC  
MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 25 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos y costas procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI  
MIRANDA CANALES  
RAMOS NÚÑEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

*Miranda Canales*  
*Blume Fortini*  
*Ramos Núñez*  
*Espinosa-Saldaña Barrera*

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04763-2015-PA/TC  
APURÍMAC  
MIRIAM ANGELA JURO FERREL

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI  
OPINANDO QUE, EN EL CASO DE AUTOS, EL AMPARO ES LA VÍA  
IDÓNEA, TENIENDO EN CUENTA EL TIEMPO QUE VIENE LITIGANDO LA  
DEMANDANTE**

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto del fundamento 2, 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:

*“De acuerdo a la información enviada a este Tribunal por el Poder Judicial, mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de fecha 3 de setiembre de 2015, el presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial informa sobre el cronograma de implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT). En dicho informe consta que a la fecha de interposición de la presente demanda (28 de agosto de 2014), aún no había entrado en vigor la NLPT en el Distrito Judicial de Apurímac; por lo tanto, en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, al que hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA-TC”.*

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 Apurímac; y, como quiera que a esa fecha aún no se encontraba vigente tal ley en el referido distrito judicial, se concluye que la 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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04763-2015-PA/TC  
APURÍMAC  
MIRIAM ANGELA JURO FERREL

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, la recurrente interpuso su demanda el 28 de agosto de 2014. Esto es, hace más de 4 años y 1 mes, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 2015, por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Apurímac, 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 sí 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 Reátegui Apaza**  
Secretario Relator  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURIMAC

MIRIAM ANGELA JURO FERREL

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NUÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque si bien estoy de acuerdo con lo resuelto por la mayoría, discrepo de lo dispuesto en el fundamento 15, en lo referido a que no existen elementos probatorios suficientes que acrediten el acto discriminatorio alegado por la recurrente.

Al respecto, considero que el certificado médico que obra en autos (f. 3) – mediante el cual se certifica que la actora tiene 16 semanas de gestación – constituye un indicio suficiente del conocimiento de la demandada acerca del estado de gravidez de la actora, dado que cuenta con el sello de recepción de la emplazada.

S.

RAMOS NUÑEZ

**Lo que certifico:**

.....  
Flavio Reategui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC  
APURIMAC  
MIRIAM ANGELA JURO FERREL

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURIMAC

MIRIAM ANGELA JURO FERREL

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**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC  
APURÍMAC  
MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estimo que la demanda de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, pues en la medida que la 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURÍMAC

MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

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.

4. 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



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURÍMAC

MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

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 la 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 Asistente de Operaciones de la Agencia 37 correspondiente a la ciudad de Abancay, del que fue separada. Empero, si bien es cierto los contratos sujetos a modalidad se desnaturalizaron, por haberse producido el supuesto previsto en el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR; sin embargo, no constando de autos que la recurrente hubiere ingresado a laborar por concurso público de méritos, a mi consideración no cabe disponerse su inmediata reincorporación, sino que deben reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC  
APURÍMAC  
MIRIAM ÁNGELA JURO FERREL

para que la recurrente solicite la de indemnización que corresponda.

Por tales fundamentos, mi voto es por declarar **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**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURIMAC

MIRIAM ANGELA JURO FERREL

### 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<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> 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.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURIMAC

MIRIAM ANGELA JURO FERREL

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURIMAC

MIRIAM ANGELA JURO FERREL

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<sup>3</sup>.

### **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 Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regula el régimen laboral de la actividad privada, 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 Decreto Supremo 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 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. [...].**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04763-2015-PA/TC

APURIMAC

MIRIAM ANGELA JURO FERREL

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, en el régimen laboral de la actividad privada, 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 Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 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 sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente<sup>4</sup>.

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**

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