EXP. N.° 05105-2015-PA/TC
LIMA
MARCELO HERNÁNDEZ PAREDES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de noviembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Marcela Hernández Paredes contra la resolución de fojas 554, de fecha 4 de junio de 2015, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

FUNDAMENTOS

Con fecha 14 de octubre de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Congreso de la República del Perú, a fin de que se disponga su reincorporación en el cargo que venía desempeñando como especialista administrativo con nivel SP-8, más los aumentos, beneficios, incrementos o mejoras remunerativas o condiciones de trabajo que hubiera otorgado el Congreso de la República del Perú hasta la fecha de la reposición efectiva, reconocimiento y pago de las remuneraciones e incrementos dejados de percibir, intereses legales, y las costas y los costos del proceso.

Manifiesta haber laborado del 2 de setiembre hasta el 1 de diciembre de 2010 mediante la modalidad de servicios no personales, desde el 2 al 31 de diciembre de 2010, con contrato administrativo de servicios (CAS) y, finalmente, en la condición de trabajador estable sujeto a un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Refiere que ejerció el cargo de especialista administrativo con nivel SP-8, asignado a la Dirección General de Administración del Congreso, el mismo que figura en el Cuadro de Asignaciones de Personal (CAP) y en el Cuadro Nominativo de Personal del Servicio Parlamentario (CNP), que fu aprobado por el Acuerdo 112-2010-2011/MESA-CR, ratificado por el Acuerdo 264-2010-20117MESA-CR, habiendo pasado el periodo de prueba el año 2011. Alega que no obstante ser trabajador a plazo indeterminado fue despedido sin expresión de causa justa, vulnerándose así sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, al debido proceso y de defensa.

El procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo formuló la excepción de incompetencia por razón de materia y contestó la demanda señalando que, si bien el demandante laboró bajo el régimen del Decreto Legislativo 728, su ingreso no fue mediante concurso público, contraviniendo así las normas legales vigentes que regulan la contratación de personal para el sector público, motivo por el cual se decidió cesarlo pues aún no había cumplido cinco (5) años de servicios ininterrumpidos. Señala que el Acuerdo de Mesa 112-2010-2011/MESA-CR, que motivó la contratación a plazo indeterminado del actor, es nulo de pleno derecho por contravenir las leyes de presupuesto, por lo que fue declarado sin efecto mediante el Acuerdo de Mesa 26-2011-2012/MESA-CR, que dispuso dar por concluidos los servicios del personal en el CAP que no cumplían el plazo mínimo de cinco años de vínculo laboral continuo en el servicio parlamentario al 1 de setiembre de 2011. Agrega que el cese del vínculo laboral del accionante fue consecuencia de un acto administrativo emitido con arreglo a ley, por lo tanto, no existió un despido arbitrario.

El Segundo Juzgado Constitucional de Lima declaró infundada la excepción propuesta e infundada la demanda por considerar que el demandante, previo al acuerdo, laboró en una plaza distinta, por lo que no puede considerarse que estuviera formalmente en el CAP, supuesto de hecho señalado en el propio acuerdo. Más aún si se tiene en cuenta que antes de dicho acuerdo el demandante se encontraba bajo el régimen del contrato administrativo de servicios CAS, es decir, no se acredita que el ingreso del demandante haya observado las formalidades previstas por ley, concluyéndose que el Acuerdo 26-2011-2012/MESA-CR no vulneró el derecho a trabajo del actor.

A su turno, la Sala revisora declaró improcedente la demanda por estimar de los hechos expuestos y los documentos obrantes en autos, que el actor no ingresó a laborar al Congreso de la República por concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, por el contrario, ingresó a laborar bajo la modalidad de servicios no personales (SNP) y luego estuvo sometido al régimen CAS, por lo cual, en aplicación de las reglas establecidas en el precedente constitucional recaído en el Expediente 5057-2013-PA/TC, no resulta atendible la reposición que pretende.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita su reposición en el cargo que venía desempeñando como especialista administrativo con nivel SP-8, aduciendo que ha sido despedido de

forma incausada, pues pese a tener un contrato de trabajo de duración indeterminada no se expresó causa justa de despido. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario, al debido proceso y la defensa.

2. De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal, en las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado.

Cuestiones previas

3. Del certificado de trabajo de fecha 12 de octubre de 2011 (fojas 12) presentado por el actor y de la contestación de la demanda (fojas 298), se desprende que el accionante realizó labores en los siguientes períodos: del 1 hasta el 31 de diciembre de 2010, bajo el régimen especial de un contrato administrativo de servicios, en el cargo de profesional asignado al grupo funcional de ingeniería y mantenimiento, y del 1 de enero hasta el 31 de agosto de 2011, en calidad de personal contratado a plazo indeterminado en el cargo de especialista administrativo nivel SP-8 asignado a la Dirección General de Administración, sujeto al régimen laboral privado normado por el Decreto Legislativo 728.

Análisis de la controversia

4. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que en las sentencias emitidas en los Expedientes 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la resolución emitida en el Expediente 0002-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que el régimen de protección sustantivo-reparador contra el despido arbitrario, previsto en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, guarda conformidad con el artículo 27 de la Constitución.

5. Hecha la precisión que antecede, cabe señalar que en el caso de autos a fojas 12 obra el Certificado de Trabajo 106-2011-GFRCP-AAP-DRH/CR, del cual se aprecia que el recurrente prestó servicios ininterrumpidos del 1 hasta el 31 de diciembre de 2010, suscribiendo contrato administrativo de servicios (CAS), regulado por el Decreto Legislativo 1057, en el cargo de profesional asignado al grupo funcional de ingeniería y mantenimiento, con lo cual se demuestra que el actor mantuvo una relación laboral a plazo determinado, la que debió culminar al vencer el plazo del contrato, es decir, el 21 de diciembre de 2010.

6. Sin embargo, de autos se advierte que ello no habría sucedido, por cuanto, conforme a lo alegado en el escrito de demanda, de las boletas de pago (fojas 4 a 11) y la carta notarial de fecha 31 de agosto de 2011 (fojas 2), se desprende que el accionante cesó en sus labores el 31 de agosto de 2011 en mérito al Acuerdo 026-2011-2012/MESA-CR.

7. Destacada esta precisión, este Tribunal considera que el contrato administrativo de servicios se prorroga en forma automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo. Este hecho no genera que el contrato administrativo de servicios se convierta en un contrato de duración indeterminada, debido a que el artículo 5 del Decreto Supremo 075-2008-PCM prescribe que la "duración del contrato no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación". En la actualidad, este parecer se encuentra reconocido en el artículo 5, inciso 2, del Decreto Supremo 075-2008-PCM, que fue incorporado por el Decreto Supremo 065-2011-PCM.

8. Por lo expuesto, resulta importante precisar que, en el caso concreto, al continuar laborando el recurrente después del vencimiento de su contrato administrativo de servicios (esto es, el 31 de diciembre de 2010) mediante un contrato a plazo determinado, debe entenderse que su contrato CAS se prorrogó de forma automática.

   Asimismo, cabe indicar que, si bien en el Certificado de Trabajo 106-2011-GFRCP-AAP-DRH/CR se reconoce que el demandante tiene la condición de trabajador a plazo indeterminado, dicho acto administrativo fue declarado nulo por el punto 3 del Acuerdo 026-2011-2012/MESA-CR, que dispuso dejar sin efecto actos administrativos sobre creación, traslado o modificación de plazas del servicio parlamentario, incremento del nivel remunerativo por recategorización, contrato o designación, cambio de modalidad a plazo indeterminado y nombramientos del personal, realizados sin debido sustento legal ni presupuestal, dispuestos en la Mesa Directiva 2010-2011, el cual señala: "Dar por concluidos en forma inmediata los servicios en el Congreso de la República del personal que figura en el CAP que no cumpla con el plazo de 5 años de vinculo laboral continuo en el servicio parlamentario al 1 de setiembre de 2011", por lo que la supuesta relación laboral a plazo indeterminado entre el actor y el Congreso de la República carece de eficacia jurídica.

De otro lado, es pertinente precisar que en el supuesto de que se dé termino a la relación laboral de forma unilateral y sin que medie incumplimiento del contrato, se genera el derecho a percibir la indemnización prevista en el artículo 13.3 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 065-2011-PCM.

9. Finalmente, es oportuno destacar que el hecho de que un trabajador continúe laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en el contrato administrativo de servicios constituye una falta administrativa que debe ser objeto de un procedimiento disciplinario, a fin de que se determinen las responsabilidades previstas en el artículo 7 del Decreto Legislativo 1057, pues tal hecho contraviene el procedimiento de contratación previsto en el artículo 3 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.

10. Por consiguiente, este Colegiado considera que, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, previstos en los artículos 22 y 27 de la Constitución Política del Perú, corresponde desestimar la demanda.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados por la accionante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

Eloy Espinosa-Saldaña

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito señalar lo siguiente:

1. En primer término, y sin duda alguna, una preocupación central de quien imparte justicia en general, y de este Tribunal Constitucional en particular, es la de asegurar el cumplimiento de sus decisiones. En ese sentido, en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, interpuesta en contra del Decreto Legislativo 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS).

2. Esto ha llevado a que el Tribunal Constitucional haya desestimado, en numerosas ocasiones, demandas donde trabajadores que laboraban al amparo de este régimen especial habían solicitado su reposición en el cargo que venían desempeñando en condición de trabajador permanente, alegando la desnaturalización de su contrato. Esta práctica constante, como queda claro, resulta coherente con lo decidido en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC.

3. Ahora bien, y más allá de lo señalado a nivel jurisprudencial, resulta pertinente recordar que el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) surgió con la intención de dejar atrás la Contratación por Servicios No Personales (SNP), ampliamente extendida a inicios de la década pasada. Sin embargo, resulta claro que, luego de varios años de utilización, no parece que este sistema de contratación responda actualmente al objetivo de forjar una administración pública eficiente, basada en la meritocracia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos.

4. En efecto, ello no podía ser de otro modo dada la temporalidad o, mejor dicho, la transitoriedad que debía tener este régimen especial y que quedó plasmado en la Ley 29849, que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, en cuyo artículo 1 se dispuso como objetivo "establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado mediante el Decreto Legislativo 1057. (...) La eliminación del referido régimen se efectúa de manera progresiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley".

5. Sin embargo, y contra lo que pudiera pensarse, lo cierto es que, después de varios años, el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) no solo continúa existiendo sino que también ha venido creciendo de manera sostenida a una tasa promedio anual de 8% en el período 2009 – 2016, de tal forma que actualmente representan al 22% del empleo público sujeto a un régimen laboral, como bien se desprende del Informe "Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios", emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).

6. Siendo así, cabe preguntarse por cuánto tiempo más el mantenimiento de este régimen especial contará con una cobertura constitucional y legal suficiente, muy independientemente de las loables intenciones que podrían guiar a quienes han permitido su permanencia. En ese sentido, considero que éste representa un punto sobre cuyos alcances conviene conversar.

7. Por último, conviene pronunciarse si en mérito a la propia estructura del Tribunal Constitucional peruano, los procesos que allí se atienden y lo que implica materializar las sentencias ya emitidas, este Alto Tribunal cuenta con la debida capacidad operativa e institucional para afrontar los problemas existentes en el escenario aquí descrito.

5. Adelantando algo de esa discusión, convendría señalar que si bien es cierto que el ejercicio de las competencias explícitas e implícitas de un Tribunal Constitucional puede reivindicar ciertas funciones y potestades para sí, aunque no se encuentran expresamente reconocidas para él, siempre y cuando se encuentren dentro de lo "constitucionalmente necesario", y no, como alegan algunos, de lo "constitucionalmente posible". Señalo esto en mérito a que considero que, en estricto respeto a una separación de funciones y un criterio de corrección funcional, el Tribunal Constitucional peruano debe entender que en rigor a quien corresponde solucionar la problemática en torno a la aún permanencia del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) es al legislador.

6. Lo recientemente señalado, por cierto, no debe llevar al inmovilismo de un Tribunal Constitucional, cuya labor es precisamente la de defender y promover la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos, labor que, por cierto, implica resolver conforme a Derecho, inclusive muy a despecho de los vacíos o insuficiencias que pueda presentar el ordenamiento jurídico vigente del país donde le toca actuar.

7. Estamos pues ante materias sobre las cuales se hace necesario conversar, y evaluar lo decidido en su momento, máxime cuando se aprecia que no se están

produciendo los cambios legislativos que este Tribunal Constitucional había tomado como presupuesto para decidir en determinado sentido en las controversias que resuelve en relación a este régimen especial.

8. Como síntesis entonces a este primer tema, en tanto y en cuanto el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) se encuentra plenamente vigente y su constitucionalidad ha sido confirmada, todavía seguirán existiendo pronunciamientos que guarden coherencia con dicha posición. Sin embargo, resulta indispensable analizar si lo ahora previsto permite una participación del Tribunal Constitucional peruano que, sin romper los parámetros constitucional o legalmente necesarios y su real capacidad operativa, pueda afrontar los problemas derivados de la supervivencia de este régimen especial, más allá de lo inicialmente proyectado.

9. Ahora bien, también existe un segundo tema que anotar; y es que la labor del juez constitucional, que tiene por fin último el reconocimiento y la tutela de los derechos, debe, precisamente, superar cualquier dificultad, limitación o formalidad que dificulte ese quehacer. En ese sentido, debe dejarse de lado cualquier interpretación formalista de una norma o un concepto. Además, debe corregirse en sede de la interpretación constitucional cualquier lectura formalista y en puridad técnicamente incorrecta de la normatividad vigente, máxime si se trata de tutelar los derechos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Eloy Espinosa-Saldaña

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 05105-2015-PA/TC
LIMA
MARCELO FERNÁNDEZ PAREDES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI, OPINANDO QUE SE DECLARE FUNDADA LA DEMANDA POR HABERSE DESNATURALIZADO EL VÍNCULO LABORAL DEL DEMANDANTE

Con el debido respeto por mis ilustres colegas Magistrados, discrepo, muy respetuosamente, de la resolución de mayoría que declara infundada la demanda. Considero que en el presente caso debe estimarse la demanda y ordenarse la reposición del recurrente. Expongo mis razones a continuación:

1. El Tribunal Constitucional mediante las Sentencias 00002- 2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como la Resolución 00002-2010-PI/TC, declaró la constitucionalidad del régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, pues consideró que guardaba conformidad con el artículo 27 de la Constitución Política.

2. Con anterioridad, he estado de acuerdo con la respuesta que se ha venido otorgando a los diversos casos en los que los trabajadores CAS solicitaban la reposición laboral, invocando la desnaturalización de su relación laboral en aquellos supuestos en los que el vínculo laboral iniciaba con una contrato de locación de servicios y luego se transformaba en un contrato administrativo de servicio. Sin embargo, hoy, luego de la emisión de la Sentencia 5057-2013-PA/TC, denominada precedente Huatuco; de una detenida reflexión sobre los reclamos vinculados a la reposición laboral; y, del estudio pormenorizado de los alcances del régimen laboral CAS, he llegado a la conclusión que la regulación del contrato administrativo de servicios es constitucional siempre que en los hechos la relación laboral del trabajador únicamente se haya encontrado sujeto a este tipo de contratación estatal y para el desarrollo de funciones de carácter temporal; pues de existir desarrollo de actividades de naturaleza permanente con anterioridad a la suscripción del CAS, se evidenciaría la desnaturalización de las labores para las cuales fue contratado el trabajador.

3. La constitucionalidad del régimen especial de contratación administrativa de servicios plasmada en la Sentencia 00002-2010-PI/TC se sustenta entre otros fundamentos en que:

> "(...) este sistema de contratación laboral es sustitutorio del sistema civil de contratación de locación de servicios, también conocido como de servicios no personales –regulado por el artículo 1764 y siguientes del Código Civil–, siempre que se advierta la desnaturalización de dicho contrato. Esto no significa que el Estado no pueda recurrir a los contratos de locación de servicios, cuando

por la naturaleza de la actividad a desarrollar, ello se justifique; lo que se proscribe es recurrir a este sistema de contratación, para actividades que importan la existencia de un vínculo laboral.

En efecto, el contrato de locación de servicios podía ser utilizado fraudulentamente, en razón de las labores que se pretendía realicen los comitentes –que podían ser de naturaleza permanente–, o por la duración de estos contratos –cuya extensión los desnaturalizaba–, sin que por ello se respetara el goce o acceso a ningún derecho constitucional de naturaleza laboral" (fundamentos 35 y 36).

4. Por ello, considero que de presentarse situaciones en las que claramente se demuestre que el desarrollo de la actividad laboral anterior a la suscripción de un contrato CAS era de naturaleza permanente y la prestación de servicios al suscribir un contrato CAS eran similares o iguales, no puede asumirse como constitucional ni legal, desconocer la desnaturalización de la relación laboral del trabajador aludiendo a un supuesto cambio de régimen laboral, pues ello nos llevaría a convalidar un uso fraudulento del contrato CAS, negando que las labores desarrolladas por el trabajador fueron de naturaleza permanente, avalando la disminución de los derechos laborales que le corresponden, lo que lesiona el derecho al trabajo, al convertir en ineficaz la garantía judicial para su defensa en sede interna y descartar el análisis conjunto de la situación laboral de los servidores sometidos a este tipo de contratación, como un supuesto válido de ser reclamado a través del proceso de amparo, vía procedimental idónea para la tutela de los derechos fundamentales, como el trabajo.

5. Cabe precisar también, que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto Legislativo 1057, modificado por la Ley 29849, "[e]l Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 tiene carácter transitorio", es decir, que el propio Estado reconoce normativamente que este tipo de contratación laboral, es solo una forma temporal de respuesta al caos de la contratación pública que hoy se encuentra en proceso de extinción, en la medida que de acuerdo con la Ley del Servicio Civil (Ley 30057), el Estado busca reorganizar el sistema laboral público a fin de equiparar los derechos laborales de todos los trabajadores que tiene a su cargo.

6. Es importante mencionar que el principio de efectividad progresiva previsto en el numeral 1) del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Como es de verse, el citado principio internacional reconoce a los Estados parte del Pacto, que existen dificultades presupuestarias que impiden garantizar la plena efectividad de los derechos sociales; sin embargo, también exige de ellos el mayor esfuerzo para alcanzar su máxima eficacia y concreción.

7. En tal sentido, considero que los órganos encargados de administrar justicia constitucional, entre ellos el Tribunal Constitucional, deben coadyuvar con el Estado a fomentar la tutela de los derechos laborales de los trabajadores del sector público a través de su jurisprudencia, sin que ello implique disminuir ni rebajar su condición, pues en la actualidad el Poder Ejecutivo viene haciendo grandes esfuerzos para dar solución a la problemática laboral pública, lo que supone incluso, regular contrataciones laborales temporales que garanticen derechos mínimos a favor de los servidores públicos que se encuentren en esta particular situación laboral.

8. En razón de ello y de acuerdo con el precedente Baylón Flores (sentencia 00206-2005-PA/TC), considero que cuando las entidades públicas se encuentren adscritas al régimen laboral de la actividad privada, por norma expresa, el proceso de amparo será la vía idónea para el análisis de la relación contractual previa o posterior a la suscripción del CAS y el periodo laboral subsecuente bajo este régimen especial, a fin de determinar si existió o no desnaturalización del vínculo laboral del trabajador, y por consiguiente, si existió, o no, un uso fraudulento de este contrato especial, esto en virtud del principio de primacía de la realidad, siempre y cuando se presenten los medios de prueba necesarios que demuestren tal situación.

9. En el presente caso, del material probatorio presentado en autos se aprecia que el recurrente ejerció el cargo de especialista administrativo en la Dirección General de Administración del Congreso, prestando servicios ininterrumpidos hasta el 31 de diciembre de 2010. Asimismo, la propia emplazada reconoció a través del Certificado de Trabajo N° 106-2011-CFRCP-AAP-DRH/CR, que el actor se desempeñaba en el cargo de especialista nivel SP-8, en calidad de personal contratado a plazo indeterminado. Así las cosas, el material probatorio da cuenta que en dicha relación contractual prestaba servicios personales, subordinados y remunerados.

Adicionalmente, la prestación de servicios del accionante no guarda coherencia con una labor de la naturaleza temporal.

10. Por estos motivos, la extinción de su vínculo laboral, se encontraba sujeta a la existencia de una causa justa, hecho que en el presente caso no ha ocurrido, lo cual acredita la afectación de su derecho invocado.

Sentido de mi voto

En tal sentido, mi voto es porque se declare fundada la demanda, debiéndose reponer a don Marcelo Hernández Paredes como trabajador a plazo indeterminado en el mismo cargo que venía ocupando al momento de su cese u otro de similar nivel o categoría, más el pago de costos.

S.

BLUME FORTINI

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