SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los días 25 días del mes de junio de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, y el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don John Israel Potosí Marquina contra la resolución expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 253, de fecha 15 de agosto de 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de octubre de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Comas, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario de que ha sido objeto y que, por consiguiente, se lo reponga en su cargo de Policía Municipal. Refiere que ingresó a la Municipalidad emplazada el 7 de marzo de 2011 y que laboró hasta el 7 de setiembre de 2012, fecha en que fue despedido sin expresión de causa, a pesar de que tenía una relación laboral de duración indeterminada por haber desarrollado labores de naturaleza permanente; además, señala que reiterada jurisprudencia ha establecido que los policías municipales tienen la condición de obreros, y que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

La Procuradora Pública Municipal propone las excepciones de incompetencia y de ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y contesta la demanda expresando que el demandante no ha sido despedido, sino que venció su relación contractual; que el actor no ha acreditado que haya sido reconocido como trabajador permanente; y que suscribió contratos de locación de servicios discontinuos.

El Segundo Juzgado Civil de Independencia, con fecha 11 de enero de 2013, declaró infundadas las excepciones propuestas y, con fecha 13 de marzo de 2013, declaró fundada la demanda, por estimar que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, el demandante tuvo una relación laboral, realizó una labor inherente a la función administrativa de la entidad emplazada y tuvo la condición de obrero municipal

con contrato a plazo indeterminado, por lo que solamente podía ser despedido por causa justa, lo que no ha sucedido en el caso.

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por considerar que para la dilucidación de la controversia se requiere de la actuación de medios probatorios, por lo que el actor debe recurrir a la vía laboral ordinaria.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene la reposición del demandante en el cargo de policía municipal, ya que ha sufrido un despido arbitrario. Se afirma que desde el inicio de su relación laboral se configuró un contrato de trabajo a plazo indeterminado, por haber desarrollado labores de naturaleza permanente; por tanto, no podía ser despedido sino por causa justa.

Sobre la aplicación del Precedente Elgo Ríos

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

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

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

3. En el caso de autos, a la fecha de interposición de la demanda (18 de octubre de 2012), ya se encontraba vigente en el distrito judicial del Lima Norte la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497. En consecuencia, el proceso laboral abreviado se constituiría como una vía igualmente satisfactoria para atender la pretensión de la parte demandante.

4. Sin embargo, es necesario precisar que los casos de obreros y similares interpuestos con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, en el diario oficial *El Peruano,* el 22 de julio 2015, se pueden dilucidar a través del proceso de amparo, toda vez que debe tomarse en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia en la que se encuentra su causa; en consecuencia, no resultará igualmente satisfactorio que, estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda que el recurrente inicie un nuevo proceso en la vía ordinaria, ya que ello implicará un mayor tiempo de litigio y la vulneración de sus derechos constitucionales.

Sobre la aplicación del Precedente Elgo Ríos

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

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

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

6. Desde la perspectiva subjetiva, los obreros municipales se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad y pobreza, tomando en cuenta que se

encuentran expuestos a una precariedad institucional, más aún si tomamos en consideración, contrataciones fraudulentas que buscan desconocer sus derechos laborales y la adecuada protección contra el despido arbitrario que les asiste.

En adición a ello se debe tomar en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia en la que se encuentra su causa. Ergo, no resultará igualmente satisfactorio que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda que el recurrente inicie un nuevo proceso en la vía ordinaria; ya que, ello implicará un mayor tiempo de litigio y de vulneración de sus derechos constitucionales.

8. Por ello, a partir de lo expuesto no puede hablarse de la existencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo.

9. Ahora bien, en la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC, publicada el 20 de julio de 2016 en el portal web institucional, este Tribunal precisó los alcances del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, señalando que este solamente será aplicable a los casos en los que la plaza en la que laboraba el demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública, debido a que no tendría sentido exigir el empleo de criterios meritocráticos cuando no se requiere tomar en cuenta estas consideraciones frente a quienes no son parte de la carrera administrativa (cfr. fundamentos 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC).

10. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera administrativa (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros que laboran para entidades públicas sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la contratación administrativa de servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).

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

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

b. Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

12. En el presente caso, la parte demandante pretende ser respuesta a una plaza que no forma parte de la carrera administrativa, pues se desempeñó en el puesto de policía municipal, situación que no comporta la pertenencia al régimen del empleo público. En consecuencia, y al no ser aplicable el precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, este Tribunal se abocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si la parte recurrente fue objeto de un despido.

Análisis del caso concreto

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

14. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, se debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: **a)** control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; **b)** integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; **c)** prestación ejecutada dentro de un horario determinado; **d)** prestación de cierta duración y continuidad; **e)** suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; **f)** pago de remuneración al demandante; y **g)** reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.

15. En el presente caso, el demandante sostiene haber laborado ininterrumpidamente para la municipalidad emplazada desde el 7 de marzo de 2011 hasta el 7 de setiembre de 2012 realizando labores de naturaleza permanente. Por su parte, la emplazada afirma que el actor no tuvo una relación laboral, sino civil, y que sus servicios los prestó en forma discontinua. A fojas 6 obra el Memorándum Múltiple 056-2012-GM-MDC, de fecha 13 de julio de 2012, mediante el cual el gerente municipal remite el documento denominado "Relación del Personal Subgerencia de Control Municipal y Sanc. Administrativas" (folio 7), en el que se consigna al actor con el cargo de policía municipal, con fecha de ingreso el 7 de marzo de 2011; por

consiguiente, se acredita la continuidad de los servicios prestados por el demandante.

16. Por otra parte, con la abundante documentación que obra de fojas 5 a 123, se acredita fehacientemente que el actor mantuvo una relación laboral desempeñando el cargo de policía municipal. Ya este Colegiado ha señalado en reiterada jurisprudencia (*cfr.* por todas, sentencia recaída en el Expediente 01133-2009-PA/TC) que los gobiernos locales se caracterizan por ser entidades jerarquizadas, y ello supone, necesariamente, la existencia de subordinación. Además, la policía municipal se desempeña como agente de vigilancia y seguridad ciudadana, labores permanentes de dichas entidades. Tales labores tienen la característica de ser permanentes, subordinadas, remuneradas y, además, por su propia naturaleza, deben estar sujetas a un horario de trabajo impuesto por la autoridad municipal.

17. De otro lado, de lo expresado por las partes se concluye que el demandante inició su relación laboral sin suscribir contrato alguno y que recién suscribió contrato en los meses de mayo y junio de 2012, en la modalidad de locación de servicios (ver punto tercero del primer otrosí digo del escrito de contestación de la demanda). El artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado". Asimismo, la jurisprudencia de este Tribunal precisa que toda relación laboral o contrato de trabajo se configura al concurrir y comprobarse la existencia de tres elementos esenciales: (i) la prestación personal por parte del trabajador, (ii) la remuneración y (iii) la subordinación frente al empleador.

18. Para esclarecer el camino que seguirá la pretensión, se debe determinar si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerada un contrato de trabajo. Es decir, si cumple con los mencionados requisitos en el fundamento jurídico 11, porque, de ser así, el demandante solo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 1944-2002-AA/TC, se estableció que mediante el referido principio "[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (fundamento jurídico 3).

Situación del demandante

19. Habiéndose determinado que la labor ejercida por la demandante tiene naturaleza laboral debido a la existencia de prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se concluye, en aplicación del principio de primacía de la realidad, que debe prevalecer una cabal realidad de los hechos sobre las formas y apariencias

que se pretenden dar con las relaciones civiles. Por ende, las actividades ejercidas por la demandante tiene naturaleza laboral debido a la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.

20. En mérito de lo expuesto, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, toda vez que la relación contractual que mantuvieron la parte demandante y la emplazada se ha desnaturalizado. Por esta razón, para el cese del actor, debió imputarse una causa relativa a su conducta o capacidad laboral que lo justifique, otorgándole los plazos y derechos a fin de que haga valer su defensa, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Efectos de la sentencia

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

22. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la empresa emplazada debe asumir los costos del proceso, las cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.

2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Comas que reponga a don John Israel Potosí Marquina como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto o en otro de igual o similar 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.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 08550-2013-PA/TC
LIMA NORTE
JOHN ISRAEL POTOSI MARQUINA

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 08550-2013-PA/TC
LIMA NORTE
JHON ISRAEL POTOSI MARQUINA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, discrepo de los fundamentos 2 al 12 de la sentencia, por las consideraciones que paso a exponer:

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta que no es aplicable el precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso, pues el amparo también puede proceder en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho del demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.

2. Asimismo, discrepo puntualmente del contenido de los fundamentos 6 a 12 de la sentencia por en cuanto cita la sentencia recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC, pues conforme a las consideraciones que desarrollé extensamente en el voto singular que emití en dicha oportunidad y al que me remito en su integridad, el proceso de amparo es la vía idónea para la tutela del derecho al trabajo frente al despido arbitrario de los trabajadores del sector público aun cuando no hayan ingresado por concurso público. Esto, en aplicación del principio de primacía de la realidad.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

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

EXP. N.° 08550-2013-PA/TC
LIMA NORTE
JOHN ISRAEL POTOSI MARQUINA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque si bien coincido con el sentido de lo resuelto, estimo necesario precisar mi posición respecto a la necesidad de tutela urgente en el presente caso derivada de la situación específica en la cual se encuentran algunos obreros municipales en nuestro país.

De lo esgrimido en los fundamentos 6 y 7 de la sentencia en autos, se aprecia que la necesidad de tutela urgente se derivaría de la condición de vulnerabilidad e incluso pobreza de los obreros municipales que enfrentan producto tanto de las remuneraciones y prestaciones sociales mínimas como de la situación de precariedad institucional a la que se encuentran expuestos. Al respecto, considero que es necesario hacer algunas precisiones.

Resulta innegable, como bien se afirma en la sentencia, la situación de precariedad institucional y las condiciones de inestabilidad laboral que en ciertos casos afrontan los obreros municipales los a veces los coloca en una situación particularmente preocupante. Según cifras recogidas a junio de 2016, de los 64845 obreros municipales a nivel nacional, 2182 son nombrados (Decreto Legislativo 276); 1528 son contratados (Decreto Legislativo 276); 37544 laboran bajo el Decreto Legislativo 728; 10045 lo hacen con contratos administrativos de servicios (CAS) y 13546 desempeñan labores bajo la modalidad de locación de servicios [INEI. Estadísticas Municipales 2016, página 160].

Por otra parte, un factor adicional importante a tener en cuenta viene representado por las difíciles condiciones remunerativas de este grupo de trabajadores. En estos casos, por ejemplo, la necesidad de tutela urgente puede derivar de la situación de pobreza que se podría generar respecto de algunos obreros municipales que acuden al proceso constitucional del amparo alegando un presunto despido arbitrario.

En ese sentido, debido a la condición en la que en muchos casos se encuentran estas personas es que el Estado en general –y los órganos jurisdiccionales en particular– están en la obligación de garantizarles el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo pues, como lo ha manifestado la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, el acceso a recursos judiciales de tales características es fundamental para hacer frente a las principales causas de la pobreza, la exclusión y la situación de vulnerabilidad [*Cfr.* Asamblea General. A/67/278, 2012, párrafo 5].

De igual parecer en nuestro hemisferio ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, en su reciente informe temático sobre "Pobreza y derechos humanos en las Américas", señaló que "las personas que viven en situación de pobreza o pobreza extrema generalmente enfrentan mayores obstáculos para acceder a la justicia, así como a los medios que les permitan la gestión efectiva para denunciar y exigir el cumplimiento de sus derechos" [OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147. 2017, párrafo 504].

En consecuencia, considero que la sola situación de precariedad institucional no puede llevarnos a asumir, de manera general, la habilitación del proceso de amparo, sino que debe verificarse, en el caso a caso, la situación específica de cada persona atendiendo a un parámetro más concreto y, de esa manera, corroborar si el despido denunciado pone en evidencia la condición de vulnerabilidad que justificaría una tutela urgente a través del amparo. Al respecto, es necesario advertir que no existe una única forma de medir la situación de pobreza o la pobreza extrema y ello se debe, principalmente, a la multiplicidad de enfoques desde los cuales puede ser abordado este fenómeno social. No obstante ello, se puede apreciar que el enfoque monetario o de pobreza por ingresos es el más empleado por instituciones como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Este enfoque basa su medición en la denominada "línea de pobreza", la cual es obtenida partiendo de una consideración dual, conformada por una línea de indigencia o pobreza extrema (componente alimentario) a la que se le suman los bienes y servicios básicos (componente no alimentario). Es importante anotar que la CIDH ha reconocido que la interpretación de los elementos que componen esta línea de pobreza y del concepto mismo de pobreza por ingresos pueden variar dependiendo de cada Estado en razón a las diferencias culturales sobre lo que se puede entender como bienestar y desarrollo [*Cfr.* OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147. 2017, párrafos 26 y 49].

Es en ese sentido que se hace propicio determinar, de acuerdo con la realidad nacional vigente, el parámetro objetivo para considerar si es que una persona se encuentra en situación de pobreza.

El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en su informe técnico sobre la "Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2016" ha empleado el análisis de la línea de pobreza desagregándolo en dos componentes a saber: a) el componente alimentario, constituido por el valor de una canasta socialmente aceptada de productos alimenticios [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2016, página 33] y b) el componente no alimentario, constituido por el valor de la canasta de bienes y servicios que requiere una persona para satisfacer sus necesidades referidas al vestido, calzado, alquiler de vivienda, uso de combustible, muebles, enseres, cuidados de la salud, transporte, comunicaciones, esparcimiento, educación, cultura y otros [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2016, página 36].

Para el primer componente, el INEI ha considerado un valor *per cápita* mensual nacional, actualizado al 2016, por cada miembro que conforma el hogar, ascendente a S/. 183. Este monto, sumado a lo que integra el componente no alimentario, establece la línea de pobreza nacional en S/. 338 mensuales por cada persona que habita un hogar [Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017, páginas 33 y 36]. En virtud a estos criterios, la condición de pobreza como situación de especial vulnerabilidad se configurará cuando una persona reside en un hogar cuyo gasto *per cápita* es insuficiente para adquirir una canasta

básica de alimentos y no alimentos (ambos componentes), mientras que, la condición de extrema pobreza se presentará si es que la persona integra un hogar cuyos gastos *per cápita* están por debajo del costo de la canasta básica de alimentos (solo el primer componente) [*Cfr*. Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017, página 41].

En consecuencia, al considerar la línea de pobreza *per cápita* nacional en S/. 338, se puede asumir como monto base la suma de S/. 1352 si consideramos que, según la más reciente Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES 2016 realizada por INEI, una familia promedio está compuesta por 3.7 miembros, es decir, por cuatro personas si se redondea dicha cifra al número entero inmediatamente superior. Por lo tanto, cuando un obrero municipal perciba una remuneración mensual por debajo del monto anteriormente establecido, corresponderá ventilar el caso en la vía del proceso constitucional de amparo. Ello se sustenta en el criterio asumido por este Tribunal de admitir a trámite las demandas de amparo cuando se ponga de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida en un caso concreto, independientemente de si existe una vía igualmente satisfactoria [*Cfr.* STC 01406-2013-PA/TC, fundamento 5; 00967-2008-PA/TC, fundamento 6; 5702-2006-PA/TC, fundamento 4].

Ahora bien, para aquellos casos en los cuales los ingresos mensuales de la parte demandante sean variables, corresponderá evaluar las remuneraciones percibidas dentro de los últimos doce meses, teniendo como punto de referencia la fecha en la cual se alega que ha ocurrido el supuesto despido arbitrario, a fin de obtener un promedio de lo percibido y verificar si ello supera o no el monto previamente señalado. Esto se sustenta en el hecho mismo que la línea de pobreza es un concepto económico de naturaleza anual.

Análisis del caso concreto

En consideración a lo expuesto, si en el caso de autos se toman en cuenta las remuneraciones percibidas dentro de los últimos doce meses por el demandante (fojas 16 a 22) se advierte que éste percibía un monto promediado de S/. 850 mensuales. En consecuencia, al ser un monto inferior al establecido como referencia en el presente voto, corresponde declarar procedente la demanda de amparo.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

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

EXP. N.° 08550-2013-PA/TC
LIMA NORTE
JOHN ISRAEL POTOSÍ MARQUINA

FUNDAMENTO DE VOTO DE MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas pero debo discrepar en lo concerniente al análisis de procedencia de la demanda. Lamentablemente entonces debo apartarme del análisis de procedencia en base al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y el precedente "Elgo Ríos".

1. El presupuesto para la aplicación del precedente "Elgo Ríos" es el de la existencia de dos vías que pueden compararse para poder dilucidar si existe una vía igualmente satisfactoria en comparación al amparo o no. Es decir, el análisis no se realizar en abstracto, sino en base a un caso concreto, y en virtud de las consideraciones que se pueden desprender del propio caso.

2. En ese sentido, el primer elemento de la perspectiva objetiva, estructura idónea, obliga a los jueces, a evaluar si, de acuerdo a lo previsto en la ley y demás cuerpos normativos, hay un proceso que protege mejor la pretensión buscada que el amparo.

3. Muy respetuosamente, no coincido con el análisis hecho en la ponencia pues creo que se ha confundido la situación concreta de obreros municipales con un análisis que es estrictamente normativo en su primer paso. Considero que lo que corresponde hacer en un examen de estructura idónea es comparar si el proceso laboral abreviado cuenta o no con una estructura similar o mejor que la del amparo. Si la estructura del proceso laboral abreviado es mejor que la del amparo, objetivamente es allí a donde debe ir.

4. De otro lado, debe tomarse en cuenta que, en reiterada jurisprudencia y en el mismo caso "Elgo Ríos", se encontró que el proceso laboral abreviado sí tenía una estructura similar o mejor que la del amparo cuando la pretensión única es la reposición en el puesto de trabajo. Si se pretende señalar algo distinto habría que realizar una nueva comparación que deje sin efecto el análisis que se hizo en aquel momento, o más bien, atender al criterio de tutela idónea (segundo criterio de la perspectiva objetiva), mediante el cual se podría argumentar que el proceso laboral en la práctica no otorga la tutela que aparentemente daría si nos basáramos solo en la ley.

5. Sumado a ello, la ponencia parece no distinguir suficientemente elementos subjetivos, como el tiempo transcurrido en el caso concreto, con la perspectiva objetiva que nada tiene que ver con ello. Pretender que esas consideraciones

tomen parte de la perspectiva objetiva desafortunadamente haría que todos los casos que ya se encuentren en el Tribunal Constitucional no puedan ser declarados improcedentes por esta causal pues no habría caso alguno en el que sea más conveniente acudir a otra vía.

6. Parte del problema está en el enfoque que se da a este caso. Lamentablemente un problema de improcedencia por vía igualmente satisfactoria no se presenta, en realidad, frente al Tribunal Constitucional, sino que este se origina en los juzgados de primer grado. En ese orden de ideas, lo que el Tribunal hace cuando declara improcedente una demanda es decir que el recurrente "equivocó la vía cuando interpuso la demanda". El Tribunal, por tanto, no castiga la situación actual del recurrente, sino un error al inicio del proceso. Si esto se entendiera como lo hace la ponencia, el solo hecho de que llegase el caso al Tribunal haría que este fuera grave y ya no existía posibilidad de declarar la improcedencia en mérito a lo dispuesto en el 5.2 del Código Procesal Constitucional, toda vez que siempre será perjudicial remitirlo a la vía ordinaria.

7. En particular, frases como la citada a continuación lamentablemente apuntalan criterios contrarios a jurisprudencia reiterada del Tribunal: "(...) no resultará igualmente satisfactorio que estando en un proceso avanzado, se pretenda que el recurrente inicie un nuevo proceso en la vía ordinaria; ello implicaría mayor tiempo de litigio y de vulneración de sus derechos constitucionales."

8. Ahora bien, lo expuesto no quiere decir que en algunos casos el Tribunal no pueda conocer el caso aun cuando objetivamente debía recurrirse a la vía ordinaria. Es más, son estas las situaciones previstas también en el precedente "Elgo Ríos" como parte de la perspectiva subjetiva. Es así que la preocupación de la ponencia bien pudo traducirse en una argumentación bajo esta segunda perspectiva, por la cual pudieron haberse encontrado razones para señalar que el amparo es la vía idónea en este caso por irreparabilidad de la vulneración o por la relevancia del derecho o la gravedad de las consecuencias.

9. Lo subjetivo debe así argumentarse a partir del caso concreto pues deben ser circunstancias verificables las que habiliten el amparo, aun cuando se cuente con otra vía. Se perfecciona así la característica de subsidiariedad de este proceso constitucional, bajo el presupuesto de que los procesos ordinarios también protegen derechos fundamentales.

10. En este caso, en concreto y desde la perspectiva subjetiva, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, y como ya he señalado, es necesario evaluar si transitar la vía

ordinaria pone en grave riesgo al derecho amenazado o vulnerado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una tutela urgente, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

11. Con respecto a la necesidad de tutela urgente por la magnitud del bien involucrado o del daño, este mismo Tribunal ha sostenido que en determinados casos es necesario analizar si, "aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, en virtud de las circunstancias del caso, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria" (RTC Exp. n.° 09387-2006-AA, f. j. 3). En otras palabras, que debe admitirse a trámite el amparo, de manera excepcional, cuando lo alegado "pone de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria" (ídem, f. j. 4).

12. En este contexto, considero que el presente caso, al tratarse de uno vinculado a trabajadores en manifiesta "situación de vulnerabilidad e incluso pobreza", quienes se encuentran además en situación de precariedad institucional (están especialmente expuestos a despidos arbitrarios, como se evidencia con los casos llegados a esta sede). Junto a ello, debe tomarse en cuenta que existe un mandato constitucional expreso dirigido a brindar protección reforzada a los sectores que sufren desigualdad (artículo 59 de la Constitución). En mérito a todo lo expuesto, no puede hablarse de que en este caso en particular existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria, y debe, en principio, recurrirse al proceso de Amparo.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

EXP. N.° 08550-2013-PA/TC
LIMA NORTE
JOHN ISRAEL POTOSÍ MARQUINA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso estimo que la demanda de amparo debe declararse **IMPROCEDENTE**, dado que los trabajadores municipales del serenazgo no son obreros, sino empleados debido a que sus labores son complejas. Mis razones son las siguientes:

Los trabajadores municipales del serenazgo no son obreros sino empleados

1. En mi opinión, el personal de serenazgo no tiene la categoría de "obrero". El personal de serenazgo realiza labores administrativas en la ejecución de sus servicios, toda vez que se encarga de registrar sus intervenciones y de redactar informes de las ocurrencias en el que participa. Y si realizan labores administrativas, entonces, deben ser considerados como "empleados". Así viene razonando el Tribunal Constitucional en el caso de los almaceneros de las municipalidades, donde se asume que tienen la categoría de empleados porque realizan "acciones administrativas" (véanse los Expedientes 04533-2013-PA/TC, 04126-2013-PA/TC, 03880-2013-PA/TC, 02508-2013-PA/TC, 02270-2013-PA/TC, 02121-2013-PA/TC, 01473-2013-PA, 00663-2013-PA, entre otros).

2. Por otro lado, se debe tener presente que el personal municipal de serenazgo no ejerce una actividad puramente física ni mecánica, semejante a los servicios que prestan los trabajadores de jardinería, de limpieza o de guardianía de las municipalidades; sino que, además del esfuerzo físico, ellos también necesitan de **habilidades intelectuales** para ejercer sus funciones adecuadamente. Sus mismas responsabilidades así lo exigen. Incluso, hacen uso de tecnologías específicas y se capacitan sobre seguridad ciudadana y derechos del ciudadano.

3. Es más, el serenazgo hace tipificaciones de las intervenciones que realiza; coordina la planificación y ejecución de operaciones de ronda y patrullaje general con la Policía Nacional del Perú; desarrolla acciones de prevención y disuasión de actos delictivos; supervisa la seguridad de los espacios públicos; brinda atención y asistencia a las víctimas de los delitos, faltas o accidentes; presta orientación, información y auxilio a los vecinos, etc. De ahí que, a mi juicio, la función del serenazgo no debe ser considerada como manual, en vista que su labor en la práctica es más compleja y requiere de habilidades más que físicas.

4. Cabe resaltar que la actual ley orgánica de municipalidades (LOM) no dispone que el personal de serenazgo deba ser considerado obrero. De hecho, en los antecedentes legislativos de la ley orgánica precitada siempre fue considerado en una categoría distinta de los obreros:

ARTÍCULO 52 DE LA ANTERIOR LOM, LEY 23853 (año 1984)	ARTÍCULO 52 DE LA ANTERIOR LOM, LEY 23853, MODIFICADO POR LA LEY 27469 (año 2001)	ARTÍCULO 37 DE LA VIGENTE LOM, LEY 27972 (año 2003)
Categorías previstas: - Funcionarios - Empleados - Obreros - Personal de vigilancia	**Categorías previstas:** - Funcionarios - Empleados - Obreros - Personal de vigilancia	**Categorías previstas:** - Funcionarios - Empleados - Obreros
Régimen laboral atribuido: - Todos en el de la actividad pública	**Régimen laboral atribuido:** - Funcionarios, empleados y personal de vigilancia en el de la actividad pública - Obreros en el de la actividad privada	**Régimen laboral atribuido:** - Todos en el de la actividad pública - Obreros en el de la actividad privada

5. En ese sentido, si bien he suscrito con anterioridad la jurisprudencia de este Tribunal que considera al serenazgo como obrero, considero que se debe reevaluar ese criterio y reconsiderar a estos trabajadores como empleados, por ser lo que corresponde a sus funciones reales.

La sentencia del caso Cruz Llamos no es jurisprudencia vinculante

6. Por otro lado, es necesario mencionar que el caso Cruz Llamos no debe ser aplicado más allá del caso concreto que resolvió, dado que no es precedente ni doctrina jurisprudencial. Es decir, no es una sentencia que sea vinculante, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Más aun, cuando la referida sentencia pretende dejar sin efecto los criterios normativos establecidos en el caso Huatuco sin respetar que este tiene el estatus de precedente y que fue adoptado de conformidad con el artículo VII del citado código.

7. De hecho, si no se está de acuerdo con un precedente, no se puede intentar revocarlo con la etiqueta de "precisar" sus alcances. Esto pues debilita la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional. Más allá que se señale, como hace los fundamentos 9-12 de la sentencia de autos, que el caso Cruz Llamos únicamente ha "precisado" los alcances del precedente Huatuco, lo cierto es que en realidad lo que dicha sentencia pretende es dejarlo sin efecto. Su vocación es deshacer su regla que **es ordenar mediante un criterio unificado la exigencia del concurso público de méritos para los trabajadores que no pertenecen a la carrera administrativa**, sean

profesionales, técnicos, obreros, etc. (como lo son los trabajadores públicos del régimen laboral del Decreto Legislativo 728).

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

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

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

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

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

11. Por esta razón, los fundamentos del caso Cruz Llamos confunden cuando afirman que el precedente Huatuco busca preservar el concurso público en los regímenes de la "carrera administrativa", lo cual no es, de ningún modo, cierto. Lo que hace el precedente es demostrar que, conforme al capítulo de la función pública de la Constitución y a la regulación constitucional de la carrera administrativa, se desprende que la Administración Pública, aunque emplee el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 para vincular a sus trabajadores, no lo convierte en una empresa

privada, sino que quedaba claro que los trabajadores estaban igualmente al servicio de la Nación y se regían por el principio del mérito en el acceso a la función pública.

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

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

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

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

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

público, que es lo que se busca hacer frente con el precedente Huatuco desde la Constitución.

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

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

18. Si se asume que el caso Cruz Llamos es vinculante (lo cual negamos) restablecería la incertidumbre acerca de si los trabajadores que prestan servicios en el Estado bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 ingresarían o no por concurso público. Lo cual generaría desconcierto porque, sin perjuicio de la vigencia del precedente Huatuco, si tenemos que el propio legislador en el artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, ha previsto para toda la Administración Pública, en forma general y expresa, que "[e]l acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades", cómo es que el fundamento 10 del caso Cruz Llamos, sin mayores reparos, en contravención al precedente y a esta ley expresa, señala en relación al criterio meritocrático que "**no tendría sentido exigir este tipo de estándar** para la reposición laboral si se tratara de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones ya que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa" (resaltado agregado).

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

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

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

22. En ese sentido, estoy en desacuerdo con que se aplique el caso Cruz Llamos como si fuera vinculante, pues como he explicado no es precedente ni doctrina jurisprudencial y, además, pretende deformar los criterios establecidos en el precedente Huatuco, al señalar que solamente se aplica a los servidores de la carrera administrativa cuando es evidente que está dirigido a los trabajadores que no pertenecen a él y, sobre todo, a aquellos que se rigen bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728. Por eso, el precedente no necesita "precisión" y debe ser acatado en todos sus términos sin modificación alguna.

La importancia del concurso público de méritos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- **Imparciales**: Se debe verificar que el funcionario o los miembros del órgano que lleven a cabo el concurso público no tengan amistad, relación o conflicto de

intereses con los candidatos al puesto, para garantizar la objetividad de la selección del trabajador público;

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

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

30. Por lo expuesto, considero entonces que el caso Cruz Llamos, además que pretende desmantelar el precedente Huatuco sin ser un precedente ni doctrina jurisprudencial, no apoya a una política de mejorar los servicios públicos a través de destacados trabajadores públicos; y tampoco contribuye a fortalecer aquellos mecanismos que pueden servirnos para combatir la corrupción dentro del Estado, como lo es el concurso público de méritos para la selección de personal. Por estas razones adicionales, reafirmo mi posición respecto a que el caso Cruz Llamos carece de fuerza vinculante para inaplicar o cambiar el precedente Huatuco, el mismo que sigue plenamente vigente.

Análisis del caso concreto

31. El demandante alega haber sido víctima de un despido arbitrario, solicitando que se deje sin efecto el mismo y se ordene su reposición laboral en el cargo de personal de serenazgo en la Municipalidad Distrital de Comas.

32. Al respecto, tal como lo he señalado en los fundamentos precedentes, el personal de serenazgo tiene la categoría de empleado y no de obrero. Por eso, el demandante pertenece al régimen laboral público conforme al artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que dispone que "Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley".

33. Por lo tanto, la controversia de autos corresponde que sea dilucidada a través del proceso contencioso-administrativo, por ser esta la vía idónea para evaluar las cuestiones relacionadas con el personal dependiente de la Administración Pública.

Por estos fundamentos, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de autos, en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

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

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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