# SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 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, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrado Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

## ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Eduardo Benites Medina contra la sentencia de fojas 652, de fecha 11 de setiembre de 2013, expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

## ANTECEDENTES

Con fecha 16 de marzo de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima SA (Emape SA), a fin de que se deje sin efecto el despido arbitrario del cual ha sido objeto; y que, en consecuencia, se disponga su reposición en el cargo que venía desempeñando como soporte técnico en el departamento de Operación de plazas en la Gerencia de Peaje de Emape SA, con los derechos, beneficios y prerrogativas inherentes al trabajador estable, así como el ingreso en las planillas de la demandada, más el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, los intereses legales y bancarios, las costas y los costos del proceso.

Manifiesta haber realizado labores desde el 1 de diciembre de 2004 hasta el 2 de marzo de 2011 como recaudador de cobro de peaje y luego como soporte técnico en el departamento de Operación de Plazas de la Gerencia de Peaje, suscribiendo contratos civiles (de servicios no personales), de locación de servicios y finalmente contratos de *service* para terceros. Refiere que al prestar servicios bajo las órdenes de un jefe inmediato, percibiendo una remuneración mensual y sujeto a un horario de trabajo, los contratos suscritos resultan ser fraudulentos, y, por ende, se han desnaturalizado a y convertido en un contrato laboral de plazo indeterminado, pues en la realidad desempeñó labores de forma permanente y continuada. Alega que el jefe de Personal de Emape SA, al proceder a rescindir su contrato de trabajo sin que exista una causa justa o motivada, evidencia que su despido es arbitrario y vulneratorio de sus derechos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

La apoderada de Emape SA, deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, formula denuncia civil contra Overall Business SA, y contesta la demanda señalando que es una sociedad anónima constituida por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Agrega que entre Emape SA y el demandante existió un contrato civil, esto es, un contrato de locación de servicios para efectuar el cobro de

peaje y posteriormente para que efectúe apoyo en el área de soporte técnico, por lo que sus labores se desarrollaron de manera independiente, sin subordinación y sin estar sujeto a un horario de trabajo, con lo cual queda clara la inexistencia de una relación laboral. Sostiene que su representada tiene una relación obligacional con Overall Business SA sustentada en el marco de aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que el actor suscribió un contrato laboral con la empresa mencionada y que al mantener un contrato de intermediación laboral suscrito con esta última cumplió con pagarle los beneficios, CTS, vacaciones, etc. Por último, expresa que al existir puntos controvertidos en el presente caso, estos no pueden ser esclarecidos mediante un proceso constitucional de amparo por carecer de etapa probatoria.

Mediante Resolución de fecha 20 de setiembre de 2011, el Sétimo Juzgado Constitucional de Lima admitió a trámite la denuncia civil contra Overall Business SA, y declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada.

El representante de la empresa Overall Business SA, propone las excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, incompetencia por razón del territorio, de convenio arbitral y contesta la demanda alegando que el proceso de amparo no es la vía idónea, pues la Ley Procesal de Trabajo regula que los jueces laborales mediante el proceso ordinario laboral son competentes para tramitar y resolver las pretensiones solicitadas por el actor. Agrega que no resulta cierto que el contrato de intermediación laboral suscrito entre Emape y Overall SA haya sido desnaturalizado, por el contrario, el cese del recurrente se debe al vencimiento del contrato a plazo determinado (por servicio específico) suscrito con Overall SA, para desempeñar sus servicios en Emape SA.

Con fecha 16 de agosto de 2012 (folio 571), el Sétimo Juzgado Constitucional de Lima declaró infundadas las excepciones planteadas por Overall Busines SA (denunciado civil), y con fecha 7 de diciembre de 2012 (folio 584), declaró fundada en parte la demanda por estimar que de lo actuado se advierte que las labores desempeñadas por el actor como apoyo operativo destacado exclusivamente a la empresa Emape SA no responden a unas de naturaleza temporal o específica, sino más bien a una necesidad permanente e indeterminada de la entidad en el ejercicio de sus funciones, por lo que se concluye que el contrato de trabajo sujeto a modalidad, así como sus adendas se desnaturalizaron conforme a lo dispuesto en el artículo 77, inciso "d", del Decreto Supremo 003-97-TR; e improcedente en cuanto al pago de las remuneraciones devengadas, intereses legales y las costas procesales respecto de Emape SA.

La Sala superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda por considerar que la pretensión demandada requiere necesariamente de una actuación probatoria mayor para establecer si la emplazada ha procedido conforme a derecho, lo que requiere la contrastación de las posiciones y del

material probatorio que aporten ambas partes, a efectos de determinar si se ha desnaturalizado el vínculo laboral con la demandada, si el término de la relación laboral existente entre el demandante y la emplazada se debió a un supuesto despido arbitrario, o si la demandada actuó conforme a sus atribuciones; en tal sentido, el proceso de amparo no es la vía idónea para ventilar la pretensión del accionante.

## FUNDAMENTOS

### Petitorio de la demanda

1. El demandante solicita que se disponga su reposición en el cargo que venía desempeñando como soporte técnico en el departamento de Operación de plazas en la Gerencia de Peaje de la empresa Emape SA, con los derechos, beneficios y prerrogativas inherentes al trabajador estable, así como el ingreso en las planillas de la demandada, más el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, los intereses legales y bancarios, las costas y los costos del proceso. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

### Procedencia de la demanda

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

### Análisis de la controversia

3. En el caso de autos, la demanda se encuentra dirigida a que la empresa Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima, Emape SA, reconozca el vínculo laboral a plazo indeterminado que habría existido con el ahora recurrente, pues el contrato de intermediación laboral suscrito entre Emape SA y la empresa Overall Business SA, solo evidencia el fraude en su contratación, toda vez que las labores que realizó son de naturaleza permanente en Emape S.A.

4. El artículo 40 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

> Artículo 40.- La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.
> **No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.**

(...).

5. Este Tribunal considera que procederá a realizar un análisis de la controversia planteada, esto es, si los contratos de trabajo se desnaturalizaron y, por ende, si el accionante mantuvo o no un vínculo laboral a plazo indeterminado con la empresa Emape SA.

6. 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 una persona"; mientras que su artículo 27 señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

7. De lo actuado en autos, se aprecian los siguientes medios probatorios, en copia simple:

   a) Reportes de servicios realizados por el actor a nombre de las empresas De Deltron, As Advance, los días 23 de marzo de 2010, 11 de noviembre de 2010 y 25 de febrero de 2011, los cuales han sido recibidos por la empresa Emape SA (folios 3 al 9, y 10 al 12), y el reporte de servicios realizados por el recurrente a nombre de la empresa De Deltron el día 25 de febrero de 2011, y recibidos por la empresa Emape SA (folio 13 y 14). De dichos documentos no es posible verificar que la firma consignada en ellos corresponda al accionante.

   b) Guías de remisión elaboradas por el demandante a nombre de la empresa NCR, para la empresa Emape SA (folios 15 al 26), por las fechas: 22 de octubre de 2010, 25 de febrero de 2011, 8 de marzo de 2010, 5 de agosto de 2010, 6 de agosto de 2010, 9 de setiembre de 2010, 6 de octubre de 2010, 3 de noviembre de 2010, 10 de noviembre de 2010 y 11 de noviembre de 2011; sin embargo, en el primero solo se consigna el sello de recibido de Emape SA, y no en las otras.

   c) Hoja de servicio técnico a nombre de la empresa Spytek SAC Seguridad e Integración para la empresa Emape SA (folios 27 al 72), durante las fechas: 11 de junio de 2010, 7 de julio de 2010, 8 de julio de 2010, 11 de julio de 2010, 13 de julio de 2010, 16 de julio de 2010, 22 de julio de 2010, 20 de agosto de 2010, 23 de setiembre de 2010, 25 de setiembre de 2010, 29 de setiembre de 2010 y 19 de octubre de 2010. En estos instrumentales consta el sello de recibido por la empresa Emape SA.

   d) Impresiones de páginas web de la empresa Emape SA (folios 73 al 80), en donde aparece que el demandante se encuentra registrado en dicha página, no obstante, de este se desprende que el recurrente pertenece al grupo Overall Business SA. Cabe señalar que en dichas impresiones se han registrado su marcación durante los meses de agosto, setiembre y octubre de 2009 y de enero a febrero de 2010.

e) Contrato de locación de servicios no personales 961-EMAPE/GO.CLSNP-RRMM, de fecha 29 de diciembre de 2006 (folio 81), entre la empresa Emape SA y el actor, vigente hasta el 31 de enero de 2007.

f) Contrato de locación de servicios no personales 5718-EMAPE/GP.CLSNP.RRMM, de fecha 31 de diciembre de 2010 (folio 82), entre la empresa Emape SA y el accionante, vigente hasta el 24 de abril de 2011, y cuyos términos de referencia de la contratación de servicios se detallan a fojas 85 y 86 de autos.

g) Padrón de contratos SNP, Gerencia de Peaje, correspondiente al proveedor Jorge Benites Medina (folio 87), el cual no consigna sello o membrete de la empresa Emape SA, por los periodos comprendidos desde el 2005 hasta el 15 de abril de 2009, luego del 1 de enero de 2010 hasta el 4 de abril de 2010 y finalmente del 1 de enero al 24 de abril de 2011. Cabe mencionar que respecto a los dos primeros periodos no se puede tener certeza que el demandante haya registrado contratos por servicios no personales y que los montos por el pago del servicio no guardan relación entre sí.

h) Informes técnicos (hojas de trabajo) elaborados desde la página de Emape SA por los años 2008, 2009, 2010 y 2011, en fechas discontinuas, y en donde aparece que el actor se desempeñó en calidad de soporte técnico (folio 88 al 172).

i) Informe 006-2006-E/GO-jbm, del 30 de marzo de 2006 (folio 173), por el cual el recurrente informa a los responsables de Emape SA un suceso (el timbre del *trafic counter* sonó con anticipación), y el Informe 004-2006-E/GO- jbm, del 13 de marzo de 2006 (folio 174), por el cual se informó a los mismos responsables de Emape SA la instalación POS 00.

j) Relación de personal que labora en el centro de peaje chillón Emape SA en enero de 2006 (folio 176), donde aparece el demandante.

k) Memorándums de Emape SA, donde se dan razón sobre las órdenes de servicio prestados en determinadas áreas, las cuales son elaboradas por el accionante, a cargo de otras empresas como es Lundher SAC, Corporación Vemseg SAC, Innovapucp, Spytek SAC, Overall SA, así como, del rol de turnos de trabajo del personal administrativo, supervisor administrativo, personal del control de exonerados, personal policial, personal de soporte técnico y personal de mantenimiento en el mes de noviembre de 2010 (folios 177 al 213).

l) Boletas de pago emitidas por Overall Business SA por el periodo comprendido del 1 de enero de 2009 hasta el 28 de febrero de 2011 (folio 400 al 425), desempeñando el cargo de apoyo operativo. Asimismo, se aprecian las liquidaciones de compensación por tiempo de servicios, el pago de

gratificaciones en los meses de julio y diciembre, el pago por vacaciones y la liquidación por beneficios sociales por el periodo antes referido (folios 426 al 436).

m) Recibos por honorarios del demandante durante los años 2006, 2007 y 2008 (folios. 220 al 234), los cuales no todos son legibles.

n) Adenda de contrato de trabajo a plazo fijo por obra y servicio específico (folio 235), suscrito entre la empresa Overall Business SA y el accionante por el periodo comprendido del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2009. Es preciso mencionar, que en dicho documento se hace referencia en el rubro de antecedentes que ambas partes suscribieron contratos desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2009, del 1 de abril al 30 de junio de 2009 y del 1 de julio al 30 de setiembre de 2009, los cuales obran a fojas 393 al 397. Asimismo, dicha adenda fue prorrogada hasta el 28 de febrero de 2011, conforme se aprecia de las adendas de fojas 398 y 399.

o) Contrato 007-2008-EMAPE/GAF, de intermediación laboral entre Emape SA y Overall Business SA, de fecha 4 de abril de 2008 (folio 294), el cual tiene como vigencia hasta tres (3) años, o hasta que se consuma el monto total contratado, para prestar el servicio de intermediación laboral para *labores complementarias de apoyo de vigilancia, gerenciamiento, suplencia por cobro de peaje, limpieza y reparaciones.*

8. De lo expuesto, debemos indicar que el contrato de intermediación laboral entre las empresas Emape SA y Overall Business SA, al momento del cese laboral del demandante se encontraba vigente, toda vez que el referido contrato tenía una vigencia de tres años o hasta que se consuma el monto total contratado, siendo la suscripción en abril de 2008 y, según los instrumentales antes mencionados, el vínculo laboral que existió entre el recurrente y la empresa Overall Business SA, comenzó en enero de 2009 y culminó en febrero de 2011.

9. No obstante, de los medios probatorios citados *supra*, se aprecian los contratos de locación de servicios que el accionante suscribió con la empresa Emape SA, contenidos en los literales "e" y "f" del referido fundamento, los cuales advierten que existió un vínculo laboral entre ambos durante los años 2006, 2007 y 2010. Cabe destacar que el contrato de locación de servicios del literal "f" se contrapone con la relación laboral (mediante intermediación laboral) que mantenía el actor con la empresa Overall Business SA durante el año 2010; asimismo, es preciso mencionar que la relación de personal de Emape SA de enero de 2006 (fundamento 9, literal j), que incluye al demandante, es un indicio de la existencia de una relación laboral entre Emape SA y el demandante.

10. Por consiguiente, este Tribunal constata que, si bien la relación de intermediación laboral que existiera entre el recurrente y la empresa Overall Bussiness SA, prestando sus servicios en la empresa Emape SA debió concluir el 28 de febrero de 2011, dicha situación no fue así, pues, aun cuando se encontraba vigente el contrato de intermediación laboral entre Emape SA y Overall Business SA, el actor suscribió un contrato de locación de servicios con la empresa Emape SA para realizar labores desde el 31 de diciembre de 2010 hasta el 24 de abril de 2011, esto es, con posterioridad al contrato de trabajo por servicio específico que suscribiera el accionante con la empresa Overall Business SA.

11. En definitiva, al advertirse que el demandante prestó servicios a la empresa Emape SA, se evidencia la existencia de una relación laboral entre el señor Jorge Eduardo Benites Medina con la empresa Emape SA, motivo por el cual el despido realizado de forma unilateral por esta última resulta ser arbitrario, por lo que corresponde estimar la presente demanda.

**Efectos de la sentencia**

12. En la medida que en este caso se ha acreditado que la Empresa Municipal Administradora de Peaje Emape SA, ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo del actor, corresponde ordenar su reposición 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.

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

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

**HA RESUELTO**

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

2. **ORDENAR** que la Empresa Municipal Administradora de Peaje (Emape SA), reponga a don Jorge Eduardo Benites Medina como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo 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.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo en que se solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

***Lo que certifico:***

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

# FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Estando de acuerdo con el fallo adoptado por la mayoría de mis colegas en los casos en materia laboral, individual privada de obreros y otros asimilables a dicho oficio, considero necesario efectuar las siguientes precisiones relativas a la sucesión de la jurisprudencia aplicable al caso bajo análisis:

***Sobre la aplicación del precedente Elgo Ríos***

1. En el precedente Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional precisa los criterios de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

2. Al respecto, 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, 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).

   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, 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.

3. Al respecto, considero que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, la y su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carece de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características que son propias del proceso de amparo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo.

4. Por último, en el mismo sentido del voto del magistrado Espinosa-Saldaña, estos trabajadores se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad e incluso pobreza, expuestos a una precariedad institucional, esto es, despidos arbitrarios; por lo

que, no puede hablarse de la existencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado.

***Sobre la aplicación del precedente Huatuco***

5. En el precedente Huatuco (STC 05057-2013-PA), este Tribunal hizo referencia tanto a la función pública como a la carrera administrativa. Al respecto, entre otras cosas, se afirmó sobre la función pública que esta podía entenderse de forma amplia como la realización de funciones en una entidad pública, al margen del contrato laboral que vincule a la persona con el Estado. Por otro lado, se señaló que la carrera administrativa es un bien constitucionalmente protegido y que cuenta con reserva de ley para su configuración, todo ello a efectos de evitar deformar el régimen de funcionarios y servidores en la medida que se busca el ingreso en condiciones de igualdad.

6. Estando de acuerdo con lo anterior, es necesario mencionar que existe una distinción entre función pública y carrera administrativa. pues en atención a lo dispuesto en el precedente Huatuco, es claro que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando carrera administrativa, y que solo a este último grupo de personas, les corresponde aplicar las reglas del precedente mencionado, referidas al pedido de reposición.

7. Al respecto, se advierte que desde siempre – en la historia de la legislación dedicada a regular la función pública - se ha distinguido claramente a los servidores "de carrera" del resto de empleadores del Estado. Siendo que, incluso la actual Constitución de 1993, insiste en esta distinción al hacer referencia a la "carrera administrativa", distinguiéndola de otras modalidades de función pública (artículo 40); de igual manera, la Ley de Servicio Civil utiliza el mismo sentido al establecer la existencia del "servidor civil de carrera", distinguiéndolo de otro tipo de funcionarios del Estado.

8. Siendo que, el precedente Huatuco se sustenta indubitablemente en bienes jurídicos relacionados directamente con la idea de carrera administrativa y con una noción más bien genérica de función pública, tenemos que la regla central es la siguiente:

> "El ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de metidos a una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada". (fundamento jurídico 9).

Y si bien este párrafo hace mención expresa al "ingreso a la administración pública", de modo general, dicha afirmación debe interpretarse en un sentido estricto, vinculado

al inicio o la promoción de la carrera administrativa, en el contexto de lo argumentado y dispuesto en la propia sentencia, y atendiendo a los valores y principios que la sustentan.

9. Por tanto, el bien que busca proteger el precedente es el de la carrera administrativa, lo cual justifica que se haga referencia a la necesidad de todo pedido de reposición requiere que el demandante haya accedido previamente a la plaza a través de un concurso de méritos, previa evaluación, siempre y cuando exista plaza vacante, siendo nulo todo acto administrativo contrario a dicho procedimiento. Es decir, se promueve que el acceso a dicha plaza atienda a criterios meritocráticos, por lo que, no tendría sentido exigir este tipo de estándar para la reposición laboral si se trata 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.

10. En ese sentido, es claro que el precedente Huatuco solo resulta aplicable cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Siendo esto especialmente relevante para el caso en concreto, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública, y otros que claramente no forman parte de ella, tal es el caso de los obreros municipales y sus asimilables, sujetos a la actividad privada, tema que será abordado en los fundamentos siguientes.

***Sobre la aplicación del precedente Cruz Llamos***

11. En el precedente Cruz Llamos (STC 06681-2013-PA), se determinó los alcances del precedente Huatuco, señalando que este solamente será aplicable a los casos en los que la plaza en la que laboraba la parte demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública, pues se partió del supuesto que no todas las personas que trabajan en lo público en rigor realizan carrera administrativa ni acceden a puestos de trabajo por concurso público.

12. Por estos motivos, se 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), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

13. En el presente caso, la parte demandante reclama la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil, cumpliéndose así con el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta. Sin embargo, el pedido de la parte demandante es que se ordene su reposición en el cargo de soporte técnico en el departamento de operación de plazas en la Gerencia de Peaje de Emape S.A. , esto es, en un cargo en el que claramente no hay progresión en la carrera (ascenso). Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.

14. En consecuencia, resulta evidente que es aplicable al caso en concreto el precedente Cruz Llamos, corresponde conocer el fondo de la presente controversia a fin de evaluar si la parte recurrente fue objeto de un despido o no.

S.

MIRANDA CANALES

**Lo que certifico:**

.....

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

# FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito realizar las siguientes observaciones:

1. Considero importante resaltar que el Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo. Es en ese contexto que se han dictado una serie de precedentes y criterios que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada situación.

2. La verificación de cada uno de estos elementos, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. En esa línea, no parecería conveniente, como podría entenderse de la lectura del texto presentado por el ponente, prescindir del análisis respecto a la interacción entre los diversos precedentes y criterios que guardan relación con la presente controversia.

3. Al respecto, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, desde la perspectiva objetiva debe atenderse a la estructura del proceso, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea). También a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).

4. Por otra parte, y desde la *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

5. Es en este sentido que considero que debió realizarse el respectivo análisis de procedencia de la demanda, tomando en cuenta los criterios establecidos, con carácter de precedente, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

6. Deben entonces respetarse las pautas establecidas por este Tribunal al respecto, sin perjuicio de eventuales diferencias con las mismas. Y es que, tomando en cuenta los parámetros que deben caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no puede, por ejemplo, apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo o no aplicarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos.

**S.**

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

***Lo que certifico:***

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

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

1. No coincido con la forma de interpretación aislada de las disposiciones constitucionales. Conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el principio de unidad de la Constitución establece que: "La interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un 'todo' armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto" (Exp. 05854-2005-PA/TC FJ 12).

2. Si bien el artículo 40 de la Constitución establece que: "No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado [...]", de ningún modo debe interpretarse aisladamente, como si no existieran otras disposiciones constitucionales que puedan coadyuvar en la respectiva interpretación final de dicho extremo. Asumir una interpretación aislada nos podría indicar que las empresas del Estado, son empresas, cien por ciento idénticas a las empresas privadas, lo cual desnaturaliza el mandato normativo de la Constitución. Si esa fuera la interpretación entonces la Contraloría General de la República no podría controlarlas, el Sistema Nacional de Presupuesto no podría limitarlas o el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad del Estado (FONAFE) no podría normar o dirigir dicha actividad empresarial. Las empresas del Estado, por ser del Estado están al servicio de la Nación y no de intereses privados. ¿Tienen límites? Claro que los tienen. No son, ni deben ser, un sector privilegiado respecto de las obligaciones, exigencias y control del Estado.

3. Así, por ejemplo, el artículo 39 de la Constitución establece que: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación [...]". Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución dispone que: "[...] Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]". Esta norma constitucional ha sido recogida a nivel legal por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, conforme al cual :

> "La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la

inversión privada.

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

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

4. Ahora bien, la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que regula el control gubernamental para prevenir y verificar la "correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación", en su artículo 3 dispone que sus normas son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen, encontrándose entre ellas las empresas pertenecientes a los gobiernos locales y regionales e instituciones (literal b) y las Empresas del estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos u bienes materia de dicha participación (literal f).

5. A ello debe agregarse que las empresas del Estado también se encuentran comprendidas dentro de la normativa que regula el presupuesto público. En efecto, el artículo 2, numerales 2, 5 y 6, del T.U.O. de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, señala que su ámbito de aplicación comprende a todas las entidades públicas, entre ellas las empresas de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, así como las empresas del FONAFE y otras entidades no públicas no mencionadas en los numerales precedentes; además, en su artículo 5 establece que: "Constituye Entidad Pública [...] todo organismo con personería jurídica comprendidos en los niveles de Gobierno Regional y Gobierno Local, incluidos sus respectivos Organismos Públicos Descentralizados y empresas en las que el Estado ejerza el control accionario [...]".

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

6. Lo expuesto en los fundamentos precedentes me llevan a considerar que dada la naturaleza de las empresas del Estado, las que incluso han sido tratadas como

entidades públicas por diversas normas, las personas que prestan servicios en ellas son trabajadores públicos, aun cuando no hagan carrera administrativa, conclusión que encuentra respaldo incluso en el artículo 1 de la Convención Americana Contra la Corrupción, conforme la cual tiene dicha condición: "Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos [...]".

7. Ello, sin duda, exige que el acceso a puestos de trabajo con vínculo laboral indeterminado en las empresas del Estado debe efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos a través de concurso público abierto, a fin de garantizar el ingreso de colaboradores idóneos y capacitados que no sólo coadyuven de manera efectiva, eficiente y con calidad en el desarrollo de las actividades propias de esas empresas, que por mandato constitucional fueron creadas por razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, sino que también garanticen la cautela de los esos intereses, tanto más cuanto para la realización de actividades empresariales el Estado destina fondos del erario público.

8. En el presente caso el demandante alega haber sido víctima de un despido arbitrario, solicitando que se deje sin efecto el mismo y se ordene su reposición como personal de soporte técnico de Emape SA. Sin embargo, al no constar de autos que la recurrente hubiere ingresado a laborar mediante concurso púbico de méritos, a mi consideración, no cabría la reincorporación laboral, sino que debe reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que el recurrente solicite únicamente la indemnización que corresponda por haberse comprobado su relación laboral con Emape SA.

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda y se reconduzca la demanda de autos a la vía ordinaria laboral para que el accionante solicite el cobro de la indemnización correspondiente.

**S.**

**LEDESMA NARVÁEZ**

***Lo que certifico:***

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

EXP. N.° 08568-2013-PA/TC
LIMA
JORGE EDUARDO BENITES MEDINA

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

La parte demandante solicita su reposición en el puesto de trabajo, por considerar que fue despedida arbitrariamente. Sin embargo, como he señalado repetidamente en mis votos emitidos como magistrado de este Tribunal Constitucional, considero que nuestra Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta.

El artículo 27 de la Constitución dice:

> La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que corresponde indemnizar —no reponer— al trabajador despedido arbitrariamente. No hay nada inconstitucional en ello, ya que el legislador está facultado por la Constitución para definir tal *adecuada protección*.

Por demás, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—, suscrito por el Perú, establece que cada legislación nacional puede determinar qué hacer frente al despido injustificado.

Así, la reposición no tiene base en la Constitución ni en las obligaciones internacionales del Perú. Deriva solo de un error —de alguna manera tenemos que llamarlo— de este Tribunal, cometido al resolver el caso Sindicato Telefónica el año 2002 y reiterado lamentablemente desde entonces. La persistencia en el error no lo convierte en acierto.

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

**S.**

**SARDÓN DE TABOADA**

***Lo que certifico:***

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

# VOTO SINGULAR 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].

mm

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

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

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

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

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

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

> El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.
> **Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido**. [...].

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

> En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

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

**Tutela constitucional ante los despidos nulos**

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

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

**S.**

**FERRERO COSTA**

***Lo que certifico:***

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

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