



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de diciembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Ramos Núñez y Sardón de Taboada, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Gerson Elías Ventura Pajuelo contra la resolución de fojas 878, de fecha 11 de junio de 2015, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de junio de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Lima Provincias, solicita que se deje sin efecto el despido incausado del que fue objeto, y que, en consecuencia: a) se lo reponga en el cargo de chofer en el Área de Desarrollo Social del gobierno demandado; b) se le paguen las remuneraciones que corresponde a su nivel, incluyendo las bonificaciones y asignaciones; c) se respete la labor de ocho horas diarias; y d) se le abonen las remuneraciones dejadas de percibir, más el abono de los costos y costas procesales.

Refiere que brindó sus servicios para la demandada como agente de seguridad y vigilancia, desde el 7 de junio de 2012 hasta el 31 de enero de 2014, y, posteriormente, como chofer, desde el 1 de febrero hasta el 10 de junio de 2014, sin contrato; no obstante, las labores que desempeñó eran de carácter permanente por lo que se encontraba sujeto a un contrato indeterminado, habiendo superado el periodo de prueba. Sin embargo, refiere que fue despedido de forma arbitraria, sin habersele expresado causa alguna relacionada con su conducta o capacidad que justifique el despido. Alega la vulneración de su derecho al trabajo y al debido proceso.

El procurador público del gobierno emplazado contesta la demanda argumentando que, de los medios probatorios obrantes en autos y de acuerdo a lo manifestado por el propio demandante, este prestó servicios a su representada en la modalidad de servicios no personales o locación de servicios, esto es, en una relación de naturaleza civil, no habiendo acreditado de manera fehaciente la existencia de un vínculo laboral.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

El Primer Juzgado Civil Permanente de Huaura, con fecha 22 de setiembre de 2014, declaró fundada en parte la demanda, por estimar que en el caso de autos existen elementos probatorios suficientes para afirmar que la relación entre las partes era laboral, teniendo en cuenta, además, que las entidades de la Administración Pública se caracterizan por ser entidades jerarquizadas, lo que supone, necesariamente, la existencia de subordinación, siendo aplicable en el presente caso el principio de primacía de la realidad, e improcedente en el extremo de las remuneraciones dejadas de percibir.

La Sala revisora revoca la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, y resuelve reconducir la presente demanda a la vía laboral ordinaria, por estimar que al demandante le es aplicable el precedente contenido en la sentencia del Expediente 05057-2013-PA/TC, toda vez que no existe medio probatorio que acredite que ingresó a laborar mediante concurso público de méritos para ordenar su reposición.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se deje sin efecto el despido incausado del que fue objeto, y que, en consecuencia: a) se lo reponga en el cargo de chofer en el Área de Desarrollo Social del gobierno demandado; b) se le paguen las remuneraciones que corresponde a su nivel, incluyendo las bonificaciones y asignaciones; c) se respete la labor de ocho horas diarias; y d) se le abonen las remuneraciones dejadas de percibir, más el abono de los costos y costas procesales. Alega la vulneración de su derecho al trabajo y al debido proceso.

Cuestión previa

2. Debe precisarse que, conforme a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ de 3 de setiembre de 2015, corroborada con la consulta efectuada el día 22 de octubre de 2018, a la página web del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial (https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etii_nlpt/as_mapa/>), a la fecha de interposición de la presente demanda (20 de junio de 2014), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Huaura, por lo que, en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

Procedencia de la demanda

3. 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; ello en mérito 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. fundamento 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC).
4. 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 municipales 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).
5. 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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

6. En el presente caso, la parte demandante reclama haber realizado labores de naturaleza permanente en forma ininterrumpida, 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 como obrero chofer, 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.
7. 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 el actor fue objeto de un despido arbitrario.

Análisis del caso concreto

8. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “[e]l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y su artículo 27 señala: “[l]a ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
9. El demandante señala haber prestado sus servicios para la demandada desde el 7 de junio de 2012 hasta el 31 de enero de 2014 como agente de seguridad y vigilancia, y, posteriormente, desde el 1 de febrero hasta el 10 de junio de 2014 como chofer, fecha última en la que es despedido, pese a estar inmerso en una relación laboral a plazo indeterminado. Por tanto, corresponde a este Tribunal determinar cuál fue la naturaleza de la prestación de sus servicios.
10. En el caso de autos, se debe determinar si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerado un contrato de trabajo, 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 3).
11. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal 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)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

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.

12. Mediante Decreto del Tribunal Constitucional de fecha 8 de junio de 2018, se solicitó información al Gobierno Regional de Lima Provincias, con el objeto de que se sirva remitir, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, copia certificada de los contratos suscritos con el demandante desde el 7 de junio de 2012 hasta el 10 de junio de 2014, o documentos que sustenten el citado periodo y un informe detallado de los servicios que brindó y además precise los cargos que desempeñó en la citada entidad.

13. Con fecha 24 de julio de 2018, el gerente general del gobierno demandado, remite el oficio 225-2018-GRL/GGR, de fecha 19 de julio de 2018 (folio 12 del cuaderno del Tribunal), adjuntando las órdenes de servicio por meta y clasificador de gastos del periodo de febrero a junio de 2014 (folio 25 del cuaderno del Tribunal), la hoja de "proveedor: Ventura Pajuelo Gerson Elías Anexo 01" (folio 26 del cuaderno del Tribunal), los comprobantes de pago, órdenes de servicio (folios 71 a 78 y 81 y 82 del cuaderno del Tribunal) y la constancia de prestación (folio 88), de los cuales se advierte que el actor brindó sus servicios al gobierno demandado de forma ininterrumpida desde febrero hasta el 10 de junio de 2014, desempeñando el cargo de chofer. Además, se acreditó que el recurrente estuvo sujeto a un horario de trabajo y bajo subordinación, conforme se desprende de la constatación policial obrante a fojas 4, en la cual la señora Sara Aliaga Tantalean (administradora de la Gerencia del gobierno demandado, folios 818 y 4 de autos) refiere lo siguiente:

(...) el recurrente ha venido laborando en esta área de desarrollo social hace 4 meses con 10 días como chofer percibiendo el ingreso mensual de S/. 1750.00 nuevos soles con una jornada de trabajo, horario de ingreso de: 8:30 AM a 18.00 PM, todos los días, asimismo su forma de pago es por recibos por honorarios (como terceros) por reducción de personal y que ya no requerían su servicio como chofer (...).

Respecto a los cargos que desempeñó el demandante, se debe precisar que si bien de las órdenes de servicio por meta y clasificador de gastos del periodo de febrero a junio de 2014 (folio 25 del cuaderno del Tribunal), la hoja de "proveedor: Ventura Pajuelo Gerson Elías Anexo 01" (folio 29 del cuaderno del Tribunal), los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

comprobantes de pagos y órdenes de servicios (folios 71 a 78 y 81 y 82 del cuaderno del Tribunal), y de la constancia de prestación (folio 88), se advierte que el demandante se habría desempeñado como vigilante, no obstante, de lo expresado en la precitada constatación policial por la administradora del gobierno demandado— lo cual no ha sido contradicho por el gobierno demandado— y de lo manifestado por el demandante (folios 818 y 4 de autos y 83 del cuaderno del Tribunal), en el último periodo que brindó sus servicios lo realizó como chofer.

14. Asimismo, de las “Actas de Entrega de Bienes”, de fechas 5 y 13 de marzo de 2014 (folios 715 y 716), se desprende que el demandante es consignado con el cargo de chofer, documentos que se encuentran debidamente suscritos por el encargado de almacén.
15. Habiéndose determinado que la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se concluye que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer una cabal realidad de los hechos sobre las formas y apariencias que se pretenden dar con las relaciones civiles. Por ende, la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.
16. 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

17. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, 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.
18. De otro lado, y de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia. Asimismo, debe denegarse el pago de costas del proceso, pues el Estado está exonerado del pago de ellas.

19. En cuanto al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, resulta pertinente reiterar que tal pretensión, al no tener naturaleza restitutoria, no puede ser estimada mediante el proceso de amparo, razón por la que debe rechazarse dicho pedido.

20. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, este Tribunal estima pertinente señalar que, cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición de la demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto de cada una de dichas entidades, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.

21. En estos casos, la Administración pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7 del Código Procesal Constitucional dispone que "El procurador público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado".

22. Con la opinión del procurador público pueden evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión buscada es estimable según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional) o proseguir con el proceso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC
HUAURA
GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

2. **ORDENAR** al Gobierno Regional de Lima que reponga a don Gerson Elías Ventura Pajuelo como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda en que se solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el pago de las costas del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

[Firma]
[Firma]
[Firma]

PONENTE MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

[Firma]
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00907-2016-PA/TC
HUAURA
GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

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, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, discrepo de los fundamentos 2 al 7 de la sentencia, por las consideraciones que paso a exponer:

1. En relación al fundamento 2, 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 una 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 tienen 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 3 a 7 de la sentencia, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELÍAS VENTURA PAJUELO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

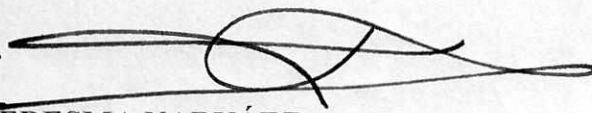
Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso considero que la demanda de amparo debe declararse **IMPROCEDENTE** y debe remitirse el expediente al juzgado de origen para que reconduzca el proceso a la vía ordinaria a efectos que el demandante reclame solamente el pago de una indemnización, dado que *no* es posible la reposición laboral cuando no se ingresa a trabajar al Estado mediante un concurso público de méritos.

En el presente caso, el actor no ha demostrado haber ingresado por concurso público de méritos. Si bien de los documentos adjuntados y de los alcanzados por la emplazada a este órgano se ha acreditado la naturaleza laboral de la actividad prestada; no obstante, debe tenerse en cuenta lo expuesto en el precedente Huatuco (que tiene como fundamento el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público), que exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el respectivo demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y, en el caso de autos, conforme se desprende del expediente, el actor no ingresó mediante dicho tipo de concurso.

En ese sentido, y atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con anterioridad a la publicación del precedente Huatuco en el diario oficial *El Peruano*, 5 de junio de 2015, corresponde 1) remitir el expediente al juzgado de origen para que proceda a reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral, conforme se dispone en el fundamento 22 del precedente, para que la demandante reclame la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, vía ordinaria que proseguirá su trámite conforme a la ley procesal de la materia y donde no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad; y 2) ordenar que se verifique lo pertinente con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionada en el fundamento 20 del precedente.

En consecuencia, por lo expuesto, mi voto es

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda; y
2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, para que proceda conforme se dispone en los fundamentos 20 y 22 del precedente Huatuco, STC Expediente 05057-2013-PA/TC.

S. 

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELIAS VENTURA PAJUELO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

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

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

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

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.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELIAS VENTURA PAJUELO

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].

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELIAS VENTURA PAJUELO

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).

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00907-2016-PA/TC

HUAURA

GERSON ELIAS VENTURA PAJUELO

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

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

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

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

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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