



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC  
ANCASH  
MERCEDES MARÍA GUILLÉN  
VILLANUEVA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de setiembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa que se agregan, y los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Blume Fortini.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Mercedes María Guillén Villanueva contra la resolución de fojas 451, de fecha 8 de setiembre de 2015, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 25 de febrero de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Sociedad de Beneficencia Pública de Carhuaz, solicitando que se ordene su reposición laboral en el puesto de cocinera del comedor "Rosa Castillo". Sostiene que laboró desde el mes de noviembre de 2004 hasta el 9 de enero de 2011, habiendo suscrito contratos civiles por un periodo y laborado sin firmar contrato en otros, desarrollando una función de carácter permanente pero dentro de una relación civil de locación de servicios que, en los hechos, se desnaturalizó, generándose de este modo una relación laboral de naturaleza indeterminada, en consecuencia, debió existir una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral para ser despedida. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso.

El presidente de la entidad emplazada contesta la demanda aduciendo que la recurrente desempeñó sus labores en virtud de una relación civil, no laboral, habiendo ingresado originalmente como beneficiaria de los servicios de comedor de la Sociedad de Beneficencia Pública, habiendo posteriormente suscrito contratos por un periodo determinado ante la renuncia de una de las cocineras, retribuyéndosele con una propina. Agrega que el puesto que ocupaba la demandante no existe dentro del Cuadro de Asignaciones de Personal.

El Juzgado Mixto de Carhuaz, con fecha 21 de julio de 2014, declaró fundada en parte la demanda por estimar que se ha acreditado la desnaturalización de los contratos civiles, configurándose la existencia de una relación laboral; y denegó el pago de costas y costos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC  
ANCASH  
MERCEDES MARÍA GUILLÉN  
VILLANUEVA

La Sala revisora, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por considerar que no es posible reponer a la demandante, en tanto este no cumple con los requisitos establecidos en el precedente emitido en el Expediente 5057-2013-PA/TC para el ingreso a la Administración Pública.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación de la demandante en el cargo que venía desempeñando, porque habría sido objeto de un despido incausado, lesivo de su derecho constitucional al trabajo.

### Procedencia de la demanda

2. 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; 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. fundamentos 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC).
3. 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).
4. 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



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC  
ANCASH  
MERCEDES MARÍA GUILLÉN  
VILLANUEVA

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).
5. 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 puesto de cocinera de un comedor popular administrado por una Sociedad de Beneficiencia Pública (sujeto al régimen laboral de la actividad privada, conforme a la Tercera Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley 26918, Ley de Creación del Sistema Nacional para la Población en Riesgo), 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.
6. 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 recurrente fue objeto de un despido arbitrario.

**Análisis del caso concreto**

***Argumentos de la parte demandante***

1. La demandante afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de su derecho constitucional al trabajo, debido a que, si bien estuvo sujeto a una relación civil, en los hechos prestó servicios bajo una relación laboral a plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedida por causa relacionada con su capacidad o conducta laboral.

***Argumentos de la parte demandada***

2. El presidente de la entidad emplazada alega que la recurrente desempeñó sus labores en virtud de una relación civil, no laboral. Agrega que el puesto que ocupaba la demandante no existe dentro del cuadro de asignaciones de personal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC  
ANCASH  
MERCEDES MARÍA GUILLÉN  
VILLANUEVA

### *Consideraciones del Tribunal Constitucional*

3. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y el artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
4. En el presente caso se debe determinar si la prestación de servicios de la recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerado un contrato de trabajo, porque, de ser así, la demandante solo podía ser despedida 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).
5. 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)** integración de la 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 a la demandante para la prestación del servicio; **f)** pago de remuneración a la 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.
6. En el presente caso, de los documentos presentados en autos se observa que la demandante ha prestado servicios para la entidad emplazada como cocinera del comedor Rosa Castillo durante los meses de octubre y diciembre de 2004, enero y abril de 2005, así como de manera ininterrumpida desde enero de 2006 hasta noviembre de 2010 (folios 35 a 102, 114 a 128, 138 a 260 del cuaderno principal y folios 4 a 18, 26 a 134, 136 a 139, 154 a 264 del cuaderno cautelar). Así también obra la Constancia de despido del 7 de enero de 2011 (folio 130) y el cheque que obra a folio 128.
7. De los medios probatorios ofrecidos es posible determinar la existencia de subordinación, toda vez que la demandante recibió un memorándum por el que se le hacía responsable de los utensilios de cocina (folio 135 del cuaderno cautelar); asimismo, se advierte que ha sido dejada en ocasiones como única responsable del comedor (folio 136) y, finalmente, de los recibos por honorarios se corrobora que percibía un pago mensual por sus servicios.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC  
ANCASH  
MERCEDES MARÍA GUILLÉN  
VILLANUEVA

7. 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 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 la demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.
8. En mérito a 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 de la recurrente debió imputarse una causa relativa a su conducta o capacidad laboral que lo justificara, otorgándole los plazos y derechos a fin de que hiciera valer su defensa, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

#### Efectos de la sentencia

9. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, corresponde ordenar la reposición de la demandante como trabajadora 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.
10. 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 del 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.
11. 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 lo siguiente: "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".
12. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC  
ANCASH  
MERCEDES MARÍA GUILLÉN  
VILLANUEVA

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 de la demandante.
2. **ORDENAR** a la Sociedad de Beneficencia Pública de Carhuaz que reponga a doña Mercedes María Guillén Villanueva como trabajadora 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.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES  
BLUME FORTINI  
RAMOS NÚÑEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

Flávio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC  
ANCASH  
MERCEDES MARÍA GUILLÉN  
VILLANUEVA

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

1. Si bien estoy de acuerdo con declarar fundada la presente demanda de amparo, considero necesario precisar que el presente caso pertenece al distrito judicial de Ancash. En ese sentido, la Nueva Ley Procesal de Trabajo (Ley 29497) fue implementada en el referido distrito judicial el 18 de diciembre de 2015, mediante Resolución Administrativa 322-2015-CE-PJ; esto es, con posterioridad a la fecha de interposición de la presente demanda de amparo (25 de febrero de 2011).
2. En razón a lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, el proceso constitucional de amparo resulta ser la vía idónea para resolver la presente controversia. De esta forma, está justificado que este Tribunal Constitucional emita una pronunciamiento de fondo en el presente caso.

S.

  
MIRANDA CANALES

**Lo que certifico:**

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



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02899-2016-PA/TC  
ÁNCASH  
MERCEDES MARÍA GUILLÉN  
VILLANUEVA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI**

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda en los términos expuestos en la parte resolutive, discrepo de los fundamentos 2, 4, 5 y 6 de dicha resolución, en cuanto cita la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, por cuanto 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 02899-2016-PA/TC

ANCASH

MERCEDES MARÍA GUILLÉN

VILLANUEVA

### **FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero discrepo en cuanto a la fundamentación esgrimida al respecto. A continuación, expreso mis razones.

1. El Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo laboral, sobre todo en el sector público. Es en ese contexto que se han dictado precedentes que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada situación. En esta ocasión voy a hacer referencia al precedente “Huatuco”, con su precisión en el caso “Cruz Llamos” (06681-2013-PA/TC).
2. La verificación de los criterios establecidos en el citado precedente, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. Y es que, independientemente de los reparos que se pueda tener respecto de su contenido y por un mínimo de seriedad, la cual debe caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no se puede apoyar la dación de un precedente para luego, desnaturalizarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos.
3. En ese sentido, conviene tener presente que en la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de junio de 2015, este Tribunal, estableció en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, que en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó en la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la demandante solicite la indemnización que corresponda.
4. Sin embargo, es importante señalar como en el caso “Cruz Llamos” (STC 06681-2013-PA/TC), estas reglas fueron precisadas, partiendo de la distinción entre función pública y carrera administrativa, toda vez que no todas las personas que trabajan en lo público en rigor realizan carrera administrativa ni acceden a sus puestos de trabajo por concurso público. Es más, en muchos casos no tiene sentido que ello sea así.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC

ANCASH

MERCEDES MARÍA GUILLÉN

VILLANUEVA

5. Como consecuencia de estos pronunciamientos se tiene que los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el caso “Huatuco” y a su precisión en el caso “Cruz Llamos” (STC 06681-2013-PA/TC), permiten la aplicación de la regla jurisprudencial reposición en la función pública, son los siguientes:

(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).

6. En el caso concreto que venimos analizando, tenemos que la plaza a la que pretende ser repuesta la demandante, no forma parte de la carrera administrativa y, por tanto, no representa una plaza a la que necesariamente debió ingresarse mediante concurso público de méritos. Deben entonces respetarse las pautas establecidas por este Tribunal al respecto, sin perjuicio de eventuales diferencias con las mismas.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC

ANCASH

MERCEDES

MARIA

GUILLEN

VILLANUEVA

## 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 02899-2016-PA/TC

ANCASH

MERCEDES

MARIA

GUILLEN

VILLANUEVA

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 Reategui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC

ÁNCASH

MERCEDES MARÍA GUILLÉN

VILLANUEVA

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, por las siguientes razones:

1. La actora interpone demanda de amparo contra el Presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública de Carhuaz, con la finalidad de que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto y que, como consecuencia de ello, se le reponga en el cargo de cocinera del comedor de la Beneficencia "Rosa Castillo", en el que habría laborado, por considerar que su despido fue incausado.
2. Refiere que laboró para la entidad emplazada desde noviembre de 2004 hasta el 09 de enero del 2011, fecha en que fue separada de su puesto de trabajo sin que exista causa que justifique su despido. Señala, además, que laboró bajo subordinación y percibiendo una contraprestación fija y continua, por lo que a su consideración, en la realidad se configuró una relación laboral a plazo indeterminado.
3. Sin embargo, en mi opinión, los documentos adjuntados resultan insuficientes para generar convicción respecto de la existencia del vínculo laboral alegado por la recurrente. En efecto, en autos solo obran 3 contratos de servicios no personales: el primero, que señala un plazo de vigencia de seis (06) meses, del 01 de enero al 30 de junio de 2007 (fj. 258), y que en su cláusula tercera establece que la contratada brindará sus servicios en el área de cocina, sin subordinación ni dependencia y con una contraprestación de S/. 130.00 soles; el segundo, que establece un plazo de vigencia de tres (03) meses, del 01 de enero al 31 de marzo de 2008 (fj. 259), bajo los mismos términos; y, finalmente, el tercero con plazo de vigencia de tres (03) meses, del 1 de abril al 30 de junio de 2008 (fj. 40), en el que precisa en su cláusula tercera que la contratada garantizará la preparación del almuerzo diario, de lunes a viernes, sin subordinación ni dependencia y con una contraprestación de S/. 200.00. De los citados documentos se puede inferir que la recurrente fue contratada para que preste sus servicios de preparación de alimentos una vez al día, no constando de dichas instrumentales ni obrando en autos documentos adicionales de los que se



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC

ÁNCASH

MERCEDES MARÍA GUILLÉN

VILLANUEVA

pueda verificar que tales servicios los prestó bajo subordinación y dependencia y sujeta a un horario de trabajo fijo.

4. Por otro lado, de los comprobantes de pago que presenta la actora se aprecia que en los correspondientes a los meses de octubre y diciembre de 2004 (fj. 126 y 138) se le abonó una suma ascendente a S/. 50.00 en cada uno, mientras que en el comprobante de pago del periodo que comprende del 11 de diciembre de 2004 al 4 de febrero de 2005 ( fj. 142) se consignó un monto a pagar que asciende a S/. 100.00, suma que también aparece consignado en los comprobantes del periodo 2006 (fj. 144 a 166); en el año 2007, durante los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, julio, agosto, setiembre, octubre, noviembre y diciembre (fj. 160 a 179) recibió un importe de S/. 130.00 mensuales, y, finalmente, durante los periodos 2009 y 2010, percibió la suma de S/. 200.00 mensuales. De lo expuesto fluye, pues, que la recurrente percibió montos distintos en cada periodo por el mismo concepto, no pudiendo tener por acreditada afirmación que hace en el sentido de que habría percibido un sueldo fijo y continuo.
5. De lo expuesto se puede concluir que no existe en autos medios probatorios suficientes para acreditar la existencia de vínculo laboral entre la actora y la entidad demandada, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Constitucional los procesos constitucionales carecen de estación probatoria, la recurrente debe acudir a la vía ordinaria que le permita un mayor debate y actividad probatoria para hacer valer su derecho.

En consecuencia, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.  
  
**LEDESMA NARVÁEZ** |

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC

ANCASH

MERCEDES

MARIA

GUILLEN

VILLANUEVA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, pues disiento con los fundamentos y el fallo de la sentencia.

#### La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

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

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).

<sup>1</sup> Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC

ANCASH

MERCEDES

MARIA

GUILLEN

VILLANUEVA

3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).
4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

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

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

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

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

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

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

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

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





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC

ANCASH

MERCEDES

MARIA

GUILLEN

VILLANUEVA

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

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

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

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

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el 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. [...].**

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

mxl



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02899-2016-PA/TC

ANCASH

MERCEDES

MARIA

GUILLEN

VILLANUEVA

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<sup>4</sup>.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

FERRERO COSTA

**Lo que certifico:**

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

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