



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC
SAN MARTÍN
MIGUEL BARDALEZ VÁSQUEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de marzo de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Costitucional, así como con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Bardalez Vásquez contra la resolución de fojas 257, de fecha 10 de julio de 2017, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 1 de diciembre de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Municipal de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de San Martín SA Solicita que se deje sin efecto el despido incausado del que fue objeto el 31 de octubre de 2014 y que se ordene su reposición en el puesto de supervisor de catastro y medición, con el pago de las costas y costos del proceso. Afirmo que ha prestado servicios para la empresa emplazada desde el 1 de abril de 2012, mediante la suscripción de sendos contratos de locación de servicio, los cuales se han desnaturalizado debido a que las labores que realizaba eran de naturaleza permanente, por lo que se ha configurado un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Por tal motivo, el despido verbal del que fue víctima resulta lesivo de su derecho constitucional al trabajo.

El apoderado judicial de la empresa emplazada propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda afirmando que el accionante solo fue contratado para prestar apoyo en servicios diversos y en el marco de contratos de locación de servicios, los cuales son de naturaleza civil y no laboral. Manifiesta que el demandante nunca ha desempeñado el cargo de supervisor de catastro y medición, debido a que dicho cargo no existe en la empresa, y que las labores que afirma haber realizado (reparto de recibos, actualización dinámica de datos, entre otras) tampoco se llevan a cabo en la entidad demandada. También sostiene que el accionante no prestó servicios de manera ininterrumpida, como falsamente afirma, pues en el mes de enero de 2013 solo fue contratado por 15 días.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC
SAN MARTÍN
MIGUEL BARDALEZ VÁSQUEZ

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto, con fecha 10 de marzo de 2017, declara infundada la excepción propuesta y la demanda por considerar que, conforme al precedente establecido en la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC, la vulneración del derecho constitucional invocado por el accionante encuentra protección en la vía del proceso ordinario laboral, la cual se constituye para el presente caso en una vía igualmente satisfactoria a la del amparo, que, además, permite actuar los medios probatorios ofrecidos por el demandante como sustento de los hechos que fundamentan su pretensión, pues los documentos probatorios presentados por el accionante resultan insuficientes para acreditar la existencia de una relación laboral.

La Sala superior revisora confirmó la sentencia apelada por los mismos argumentos.

FUNDAMENTOS

Cuestiones previas

1. De conformidad con lo establecido en la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC:

27. A modo de ejemplo, tenemos que una vía ordinaria especialmente protectora regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo es la del proceso abreviado laboral, cuya estructura permite brindar tutela idónea en aquellos casos en los que se solicite la reposición laboral como única pretensión. Nos encontramos entonces ante una vía procesal igualmente satisfactoria, siendo competente para resolver la referida pretensión única el juzgado especializado de trabajo. Sin embargo, si el demandante persigue la reposición en el trabajo junto con otra pretensión también pasible de ser tutelada vía amparo, la pretensión podrá ser discutida legítimamente en este proceso constitucional, pues el proceso ordinario previsto para ello es el "proceso ordinario laboral", el cual —con salvedades propias del caso concreto— no sería suficientemente garantista en comparación con el amparo.

28. En sentido complementario, *si estamos en un caso en que se solicita reposición como pretensión única, pero por razón de competencia territorial o temporal no resulta aplicable la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la vía más protectora es el proceso constitucional de amparo.* (énfasis adicionado)

2. Como se puede advertir, este Tribunal Constitucional ha establecido que el proceso constitucional de amparo es la vía idónea para ver aquellos casos de naturaleza laboral frente a los cuales, por razones temporales o territoriales, no esté vigente de la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de interponerse la demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC
SAN MARTÍN
MIGUEL BARDALEZ VÁSQUEZ

3. En el presente caso, de la información enviada por el Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Oficio 8784-2015-CE-PJ, de fecha 3 de setiembre de 2015, se verifica que, a la fecha de interposición de la presente demanda (1 de diciembre de 2014), no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de San Martín, por lo que la vía procesal idónea para resolver casos en los que solicita la reposición en el trabajo es el proceso de amparo.
4. Por otro lado, se debe tener en cuenta que el segundo párrafo del artículo 40 de la Constitución establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, por lo que en el presente caso no resulta de aplicación el precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, debido a que la parte demandada es una empresa estatal.

Delimitación del petitorio

5. El demandante solicita su reincorporación laboral, pues considera que ha sido objeto de un despido incausado, violatorio de su derecho constitucional al trabajo. Afirma haber laborado mediante contratos de locación de servicios, los cuales se han desnaturalizado, generando un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Análisis de la controversia

7. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”.
8. En el presente caso, se debe establecer 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 01944-2002-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).
9. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC
SAN MARTÍN
MIGUEL BARDALEZ VÁSQUEZ

presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración al demandante; y g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.

10. El accionante afirma en su escrito de demanda que ha prestado servicios para la entidad emplazada como supervisor de catastro y medición desde el 1 de abril de 2012 hasta el 31 de octubre de 2014, inicialmente en el área de Catastro y Medición y luego en el Banco de Medidores, mediante contratos de naturaleza civil (locación de servicios), y que tales contratos se han desnaturalizado convirtiéndose en un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Para acreditar su aserto, anexa los contratos celebrados con la parte emplazada, informes, memorandos, actas de entrega de bienes y recibos por honorarios, entre otros documentos (folios 2 a 83). No obstante, de los contratos obrantes a fojas 2 a 51, se observa que existe un periodo de interrupción en la prestación de servicios para la empresa emplazada. Así, corresponde a este Tribunal analizar el periodo ininterrumpido que va desde el 16 de enero de 2013 hasta el 31 de octubre de 2014.

11. En la cláusula segunda el contrato de locación de servicios 032-2013-EMAPA-SM-S.A., de fecha 17 de enero de 2013 (folio 16), se consigna que se contrata al recurrente en la modalidad de locación de servicios para que, en el área de Catastro y Medición, realice las siguientes labores: reparto de recibos, recategorización de servicios y actualización de dinámica catastral. Al respecto, es necesario tener en cuenta que el objetivo de la empresa emplazada, conforme al artículo 1 de su Reglamento de Prestación de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado*, es:

Regular las relaciones que debe regir entre EMAPA SAN MARTIN S.A., y los usuarios de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario, garantizando una armoniosa relación orientada a prestación de un servicio de calidad, empezando por el acceso, e incluyendo aspectos técnicos, comerciales, de facturación y medición de consumo, hasta el cierre de los servicios, así como estar acorde con la normatividad vigente, los derechos y obligaciones de EMAPA SAN MARTIN S.A. y sus usuarios y las consecuencias de su incumplimiento.

* <http://www.emapasanmartin.com/datosnuevos/Nuevo%20Reglamento%20de%20Prestacion%20de%20Servicios%20%20EMAPA%20SAN%20MARTIN%20S.A.%202012.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC
SAN MARTÍN
MIGUEL BARDALEZ VÁSQUEZ

12. De lo expuesto, este Tribunal Constitucional advierte que las labores para las cuales fue contratado el demandante forman parte de las prestaciones a cargo de Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de San Martín. Es decir, las labores desempeñadas por el accionante son de naturaleza permanente, propias de la actividad principal de la empresa demandada.
13. Por otro lado, este Tribunal también advierte que el demandante, en diversos informes (folios 68 a 73), firma y sella como supervisor de Catastro y Medición; que mediante los memorandos de fojas 74, 76 y 77 se le asignaron funciones de control; que se le entregó un equipo celular para ser utilizado en sus labores de inspector de Catastro y Medición (acta de fojas 78); que fue considerado como personal que laboraba en el Banco de Medidores, dentro de una investigación que formó parte de un proceso administrativo disciplinario (resolución de fojas 103); y que percibió un pago por los servicios prestados (recibos por honorarios obrantes de fojas 52 a 67). Con todo ello, queda acreditada la subordinación, el control sobre la prestación, la integración del demandante en la estructura organizacional de la empleadora y el pago de remuneraciones al recurrente.
14. Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante ha realizado labores en forma subordinada, permanente y remunerada, debe aplicarse el principio de primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que desde un inicio entre las partes ha existido una relación laboral de naturaleza indeterminada y no civil. Siendo así, las renovaciones del contrato de locación de servicios 174-2012-EMAPA-SM-S.A. carecen de eficacia jurídica, pues mediante ellas se pretendió encubrir la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.
15. Habida cuenta de que la relación laboral era de duración indeterminada, el demandante solo podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, razón por la cual ha sido objeto de un despido incausado.
16. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional declara que en el presente caso se ha configurado un despido incausado, violatorio del derecho constitucional al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC
SAN MARTÍN
MIGUEL BARDALEZ VÁSQUEZ

desempeñando hasta antes de ser despedido 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 empresa emplazada debe asumir los costos del proceso, 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 porque se ha acreditado la vulneración del derecho al trabajo; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** a la Empresa Municipal de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de San Martín SA que reponga a don Miguel Bardalez Vásquez como trabajador a plazo indeterminado en el mismo puesto de trabajo 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.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04375-2017-PA/TC
SAN MARTÍN
MIGUEL BARDALEZ VÁSQUEZ

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, discrepo de los fundamentos 1 al 4 de la sentencia, por las consideraciones que paso a exponer:

1. Considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta que no es aplicable el precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso, pues el amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho del demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.
2. Asimismo, discrepo del contenido del fundamento 4 de la sentencia en cuanto menciona 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 04375-2017-PA/TC

SAN MARTÍN

MIGUEL BARDALEZ VASQUEZ

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 04375-2017-PA/TC

SAN MARTÍN

MIGUEL BARDALEZ VASQUEZ

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. ° 04375-2017-PA/TC

SAN MARTÍN

MIGUEL BARDALES VÁSQUEZ

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

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

1. En principio, 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, y esa interpretación y 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N. ° 04375-2017-PA/TC

SAN MARTÍN

MIGUEL BARDALES VÁSQUEZ

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 Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley 27785, 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 TUO de la Ley 28411 - Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, actualmente derogada, señalaba que su ámbito de aplicación comprendía 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 establecía 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...".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N. ° 04375-2017-PA/TC

SAN MARTÍN

MIGUEL BARDALES VÁSQUEZ

Tales disposiciones han sido recogidas en el artículo 3, numeral 3.1, inciso 8 y artículo 6, respectivamente, del Decreto Legislativo 1440 – Decreto Legislativo del Sistema Nacional del Presupuesto Público, vigente desde el 1 de enero de 2019.

6. Más aun, las Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30518 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2017, señaló que 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.
7. 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 diversa 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 al 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 (...)”.
8. 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.
9. En el presente caso, el demandante solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que habría sido objeto y que, por consiguiente, se le reincorpore en el puesto de supervisor de catastro y medición de la Empresa Municipal de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de San Martín Sociedad Anónima. Empero, si bien es cierto el contrato de locación de servicio se desnaturalizó, deviniendo en un contrato de trabajo; sin embargo, no constando de autos que el recurrente hubiere ingresado a laborar por concurso público de méritos, a mi consideración no cabe



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.° 04375-2017-PA/TC

SAN MARTÍN

MIGUEL BARDALES VÁSQUEZ

disponerse su inmediata reincorporación, sino que debe reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que el recurrente solicite la indemnización que corresponda.

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda y proceder conforme a lo dispuesto en el fundamento 8 *supra*.

S.


LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC

SAN MARTIN

MIGUEL BARDALEZ VASQUEZ

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.

MP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC

SAN MARTIN

MIGUEL BARDALEZ VASQUEZ

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC
SAN MARTIN
MIGUEL BARDALEZ VASQUEZ

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 indemnización³.

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).

MPA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04375-2017-PA/TC
SAN MARTIN
MIGUEL BARDALEZ VASQUEZ

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.