



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 220/2020

EXP. N.º 03555-2015-PA/TC

LIMA

WILDMARK JESÚS PÉREZ ALBELA

SÚAREZ

### RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 27 de febrero de 2020

Se deja constancia que la Sentencia recaída en el Expediente N° 03555-2015-PA/TC es aquella conformada por los votos de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada, quienes coincidieron en declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo y **ORDENAR** la remisión al juzgado de origen, votos que alcanzan la mayoría simple que exige el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, concordante con el artículo 10 de su Reglamento Normativo.

Emitieron voto en minoría los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera (se adjunta su fundamento de voto), quienes declaran fundada la demanda.

  
Flavio Reátegui Apaza  
**Secretario Relator**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WILDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estimo que la demanda de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, pues en la medida que el recurrente no ingresó a laborar mediante un concurso público de méritos no corresponde 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 actividad empresarial del Estado, conforme al cual

La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC

LIMA

WILDMARK JESÚS PÉREZ

ALBELA SUÁREZ

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, señala que su ámbito de aplicación comprende a todas las entidades públicas, entre ellas las Empresas de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, así como las empresas del FONAFE y otras entidades no públicas no mencionadas en los numerales precedentes; además, en su artículo 5 establece que "Constituye Entidad Pública ...todo organismo con personería jurídica comprendidos en los niveles de Gobierno Regional y Gobierno Local, incluidos sus respectivos Organismos Públicos Descentralizados y empresas en las que el Estado ejerza el control accionario...".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC

LIMA

WILDMARK JESÚS PÉREZ

ALBELA SUÁREZ

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.

6. Lo expuesto en los fundamentos precedentes me llevan a considerar que dada la naturaleza de las empresas del Estado, las que incluso han sido tratadas como entidades públicas por 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 (...)”.
7. Ello, sin duda exige que el acceso a puestos de trabajo con vínculo laboral indeterminado en las empresas del Estado debe efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos a través de concurso público abierto, a fin de garantizar el ingreso de colaboradores idóneos y capacitados que no sólo coadyuven de manera efectiva, eficiente y con calidad en el desarrollo de las actividades propias de esas empresas, que por mandato constitucional fueron creadas por razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, sino que también garanticen la cautela de los esos intereses, tanto más cuanto para la realización de actividades empresariales el Estado destina fondos del erario público.
8. En el presente caso el demandante alega haber sido víctima de despido incausado y solicita que se deje sin efecto el mismo y que se ordene su reposición en el puesto de trabajador administrativo en la sección de Informes y Estados Financieros de la División de Contabilidad Central del que fue separado. Empero, si bien es cierto los contratos de locación de servicios se desnaturalizaron, porque el actor realizó actividades de naturaleza permanente y que cumplen las tres características fundamentales de una relación de tipo laboral (labores personales, subordinadas y remuneradas); sin embargo, no constando de autos que el recurrente hubiere ingresado a laborar por concurso público de méritos, a mi consideración no cabe disponerse su inmediata reincorporación, sino que deben reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que el recurrente solicite la de indemnización que corresponda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WILDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

Por tales fundamentos, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda y se proceda 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. ° 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, pues si bien estoy de acuerdo con la parte resolutive de los votos de los magistrados Ledesma Narváez y Miranda Canales, discrepo de sus fundamentos.

La parte demandante solicita su reposición en el puesto de trabajo, por considerar que fue despedida arbitrariamente. Sin embargo, como he sostenido reiteradamente en mis votos, el artículo 27 de la Constitución no reconoce el derecho a la reposición laboral frente al despido considerado arbitrario.

#### 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.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N. ° 03555-2015-PA/TC

LIMA

WIDMARK JESÚS PÉREZ

ALBELA SUÁREZ

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].

MA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N. ° 03555-2015-PA/TC

LIMA

WIDMARK JESÚS PÉREZ

ALBELA SUÁREZ

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. [...].**

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

<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).

MA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N. ° 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

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>.

Por estas consideraciones, 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03555-2015-PA/TC

LIMA

WIDMARK JESÚS PÉREZ ALBELA  
SUÁREZ

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, considero que la presente demanda debe ser declarada improcedente, por los fundamentos que a continuación expongo:

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

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

2. Al respecto, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:

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

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

3. En el presente caso al no encontrarse vigente la Nueva Ley Procesal de Trabajo, el proceso de amparo se constituye en la vía idónea para dilucidar la presente controversia. En consecuencia, corresponde analizar el fondo del asunto.

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03555-2015-PA/TC

LIMA

WIDMARK JESÚS PÉREZ ALBELA  
SUÁREZ

condiciones de igualdad.

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

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

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

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

Y si bien este párrafo hace mención expresa al “ingreso a la administración pública”, de modo general, dicha afirmación debe interpretarse en un sentido estricto, vinculado al inicio o la promoción de la carrera administrativa, en el contexto de lo argumentado y dispuesto en la propia sentencia, y atendiendo a los valores y principios que la sustentan.

8. Por tanto, el bien que busca proteger el precedente es el de la carrera administrativa, lo cual justifica que se haga referencia a la necesidad de todo pedido de reposición requiere que el demandante haya accedido previamente a la plaza a través de un concurso de méritos, previa evaluación, siempre y cuando exista plaza vacante, siendo nulo todo acto administrativo contrario a dicho procedimiento. Es decir, se promueve que el acceso a dicha plaza atienda a criterios meritocráticos, por lo que, no tendría sentido exigir este tipo de estándar para la reposición laboral si se trata de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones, ya que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa.
9. En ese sentido, es claro que el precedente Huatuco solo resulta aplicable cuando se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03555-2015-PA/TC

LIMA

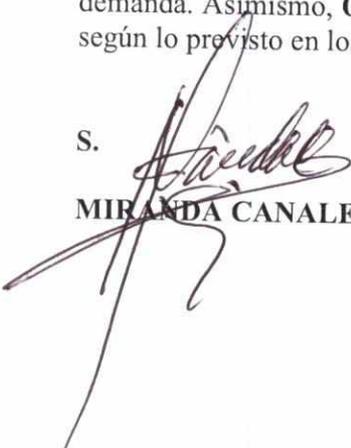
WIDMARK JESÚS PÉREZ ALBELA  
SUÁREZ

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

10. En el presente caso, caemos en cuenta que la plaza a la que pretende ser repuesto el demandante, sí forma parte de la carrera administrativa y, por tanto, representa una plaza a la que debió ingresarse mediante concurso público de méritos, situación que no ha sucedido en la presente causa. Ergo el precedente Huatuco es de aplicación.

Por los fundamentos anotados, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda. Asimismo, **ORDENAR** la remisión al juzgado de origen, para que se proceda según lo previsto en los fundamentos jurídicos 20 y 22 del precedente Huatuco.

S.

  
MIRANDA CANALES

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC

LIMA

WIDMARK JESÚS PÉREZ ALBELA  
SUÁREZ

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, pues si bien estoy de acuerdo con la parte resolutive de los votos de los magistrados Ledesma Narváez, y Miranda Canales discrepo de sus fundamentos.

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 03555-2015-PA/TC

LIMA

WIDMARK JESÚS PÉREZ ALBELA  
SUÁREZ

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 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

## VOTO DE LOS MAGISTRADOS BLUME FORTINI, RAMOS NÚÑEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, diferimos de su fallo por los siguientes fundamentos:

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Widmark Jesús Pérez Albela Suárez contra la sentencia de fojas 530, de fecha 12 de marzo de 2015, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 6 de setiembre de 2012, el demandante solicita que se ordene su reposición en el cargo de trabajador administrativo en la sección de Informes y Estados Financieros de la División de Contabilidad Central que tenía antes de haber sido despedido arbitrariamente del Banco de la Nación. Refiere que brindó sus servicios para la demandada desde el 1 de junio de 2005 hasta el 6 de agosto de 2012, en una relación laboral encubierta por un contrato de locación de servicios. Sostiene que realizó labores de naturaleza permanente, brindando servicios de forma personal, percibiendo una remuneración y bajo subordinación, por lo que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, su contrato civil se desnaturalizó en una relación laboral de naturaleza indeterminada. Manifiesta que al haber sido cesado sin expresión de una causa justa prevista en la ley, se ha vulnerado su derecho al trabajo, al debido proceso, de defensa y a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

La apoderada del banco emplazado solicita la nulidad del auto admisorio, propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, falta de agotamiento de las vías previas, falta de legitimidad para obrar del demandado y del demandante de convenio arbitral y contesta la demanda aduciendo que se trata de una empresa de derecho público, que la contratación del actor fue de naturaleza civil y que se efectuó a través de un proceso de adjudicación de menor cuantía, estableciéndose en su contrato que no se generaba vínculo laboral alguno. Afirma que no existió una relación laboral porque no se han configurado los elementos de un contrato de trabajo como son la subordinación, el cumplimiento de un horario de trabajo y el pago de una remuneración, y que, además, a diferencia de los trabajadores del banco, al actor nunca se le entregó uniforme o fotocheck, no se le controlaba el horario de trabajo, ni se le pagaba utilidades o bono por productividad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

El Noveno Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 17 de mayo de 2013, declaró infundada la nulidad del auto admisorio y las excepciones propuestas; y, con fecha 28 de enero de 2014, declaró fundada la demanda por considerar que del tenor de los contratos se advierte que el actor, desde que ingreso a laborar a la institución demandada, ha realizado las mismas labores en la sección Informes y Estados Financieros de la División de Contabilidad Central, actividades que se realizan de forma subordinada, por lo que un contrato civil suscrito sobre la base de dichos supuestos se debe considerar como un contrato de trabajo de duración indeterminada, y cualquier decisión de la demandada de dar por concluida la relación laboral solo podría sustentarse en una causa justa establecida por ley debidamente comprobada, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

La Sala superior, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por estimar que, en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, existe otra vía igualmente satisfactoria en la que corresponde dilucidar la controversia, dado que se requiere contar con una etapa probatoria en la que se puedan contrastar posiciones y actuar diferentes medio probatorios a fin de determinar si se configuró una relación de trabajo entre las partes y si el actor fue víctima de un despido incausado.

Asimismo, confirmó la resolución 3, de fecha 17 de mayo de 2013, que declaró infundada la nulidad del auto admisorio y las excepciones propuestas.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando como personal administrativo de la sección de Informes y Estados Financieros de la División de Contabilidad Central del Banco de la Nación, porque habría sido objeto de un despido incausado, lesivo de su derecho constitucional al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario.
2. De acuerdo con la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

### Análisis del caso concreto

#### *Argumentos de las partes*

3. El demandante refiere que se desempeñó como personal administrativo de la sección de Informes y Estados Financieros de la División de Contabilidad Central, en una relación laboral encubierta por contratos de locación de servicios. Sostiene que realizaba funciones de carácter permanente, brindando servicios de forma personal y bajo subordinación, por lo que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, su contrato civil se desnaturalizó en una relación laboral de naturaleza indeterminada.
4. La parte emplazada sostiene que no existen elementos para concluir que entre las partes existió una relación laboral, que el actor fue contratado para realizar servicios temporales y que su contratación era exclusivamente de naturaleza civil.

#### **Consideraciones del Tribunal Constitucional**

5. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; mientras que su artículo 27 dispone: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
6. El segundo párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú señala que “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.
7. En el presente caso 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).
8. 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;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

**e)** 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.

9. En el presente caso se observa que el demandante prestó servicios para la entidad emplazada, con algunos periodos de interrupción, desde el 1 de junio de 2005 hasta el 6 de agosto de 2012, como obra de los contratos de locación de servicios y sus respectivos anexos (folios 3 a 92), siendo el último periodo laborado el comprendido del 7 de marzo al 6 de agosto de 2012.

10. El actor, durante todo el referido periodo, fue contratado para realizar las siguientes funciones (folios 91):

- evaluación y verificación del proceso de numeración y digitalización de la documentación contable,
- agrupación de la documentación contable,
- revisión de la numeración para su digitalización,
- Efectuar las correcciones que se requiera en forma diaria

Por lo que, teniendo en cuenta lo señalado, a continuación se evaluará si en el caso de autos ocurrió la alegada vulneración del derecho al trabajo del demandante.

11. De los medios probatorios ofrecidos es posible determinar la existencia de subordinación, toda vez que el demandante se encontraba sujeto a un jefe inmediato, conforme se advierte de los memorándums obrantes a folios 204 y 205, el actor recibía instrucciones por parte de su jefe inmediato, además contaba con fotocheck expedido por la demandada (folio 224). Asimismo, de folios 227 a 241 se corrobora que se otorgó al demandante un número de usuario y una clave para que tenga acceso al correo interno del Banco de la Nación para efectuar sus funciones, de los que también se advierte el horario en el que se enviaban y recibían en cumplimiento de las actividades para los cuales fue contratado. Mientras que, de los recibos por honorarios y actas de conformidad, se corrobora que percibía un pago mensual por sus servicios (folios 196 a 202).

12. Por lo tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias que se pretenden dar con la relación civil, cuyo único objetivo es ocultar una verdadera relación laboral.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

13. Habiéndose determinado que la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de prestación de servicios remunerados y subordinados, sujeta a un horario de trabajo, se concluye que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias que se pretenden dar con las relaciones civiles, por lo que la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.
14. En consecuencia, habiéndose acreditado la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado con la emplazada, el demandante solamente podía ser despedido por causa justa de despido relacionada con su conducta o su desempeño laborales, lo que no ha sucedido en el presente caso.
15. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido incausado, violatorio del derecho constitucional al trabajo del demandante, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, debiendo estimarse la presente demanda.

#### **Efectos de la sentencia**

16. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, opinamos que 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.
17. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.
18. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, consideramos 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, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

19. 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”.
20. 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, consideramos que el fallo debería ser el siguiente:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración de los derechos constitucionales al trabajo, a una adecuada protección contra el despido arbitrario, y al debido proceso; en consecuencia, declarar **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** al Banco de la Nación que reponga a don Widmark Jesús Pérez Albela Suárez 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.

SS.

BLUME FORTINI  
RAMOS NÚÑEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE BLUME FORTINI

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

1. Considero importante resaltar que el Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo. Es en ese contexto que se han dictado una serie de precedentes y criterios que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada situación.
2. La verificación de cada uno de estos elementos, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. En esa línea, no parecería conveniente, como podría entenderse de la lectura del texto presentado por el ponente, prescindir del análisis respecto a la interacción entre los diversos precedentes y criterios que guardan relación con la presente controversia.
3. Al respecto, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, desde la perspectiva objetiva debe atenderse a la estructura del proceso, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea). También a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).
4. Por otra parte, y desde la *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).
5. Es en este sentido que considero que debió realizarse el respectivo análisis de procedencia de la demanda, tomando en cuenta los criterios establecidos, con carácter de precedente, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03555-2015-PA/TC  
LIMA  
WIDMARK JESÚS PÉREZ  
ALBELA SUÁREZ

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

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

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