TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 777/2020

EXP. N.° 00169-2017-PA/TC
SULLANA
JANET GLADYS MEDINA QUEVEDO

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 27 de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera ha emitido, por mayoría, la siguiente sentencia, que resuelve declarar **FUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 00169-2017-PA/TC.

Asimismo, los magistrados Miranda Canales y Blume Fortini formularon fundamentos de voto.

Los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares, coincidiendo en declarar improcedente la demanda de amparo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes mencionados, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

GACETA JURIDICA

EXP. N.° 00169-2017-PA/TC
SULLANA
JANET GLADYS MEDINA QUEVEDO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, y con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Blume Fortini, y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Janet Gladys Medina Quevedo contra la sentencia de fojas 275, de fecha 19 de julio de 2016, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de enero de 2015, doña Janet Gladys Medina Quevedo interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Talara. Solicita que se deje sin efecto el despido incausado del cual ha sido objeto; y, en consecuencia, que se disponga su reposición laboral en el cargo que desempeñaba como serenazgo en la Gerencia de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad demandada, con un contrato a plazo indeterminado, y que se le incluya en la planilla de remuneraciones de personal sujeto a la actividad privada y con acceso a la seguridad social y a sistemas previsionales, derecho a CTS, gratificaciones, vacaciones y otros que por mandato legal le correspondan desde el inicio de su relación laboral. Manifiesta haber realizado labores desde el 1 de abril de 2013 hasta el 2 de enero de 2015, excepto los meses de diciembre de 2013 y mayo de 2014, mediante contratos civiles (locación de servicios), los cuales se han desnaturalizado y convertido en vínculo laboral.

La demandante refiere que, al prestar servicios de manera personal, bajo subordinación, dependencia y percibiendo una remuneración mensual, su relación laboral era a plazo indeterminado. Por ello, solo podía ser despedida por causa justa derivada de su conducta o capacidad laboral. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.

GACETA JURIDICA

El procurador público de la Municipalidad Provincial de Talara contesta la demanda expresando que la demandante no ha sido despedida, sino que laboró hasta la fecha de culminación de su contrato. Asimismo, sostiene que no está acreditado el vínculo laboral; puesto que los documentos presentados por la actora dan cuenta de una relación contractual de locación de servicios, la cual culminó por vencimiento del plazo establecido.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, con fecha 4 de mayo de 2015, declaró fundada en parte la demanda por estimar que, de los instrumentales presentados, se ha acreditado la desnaturalización de la relación civil entre la demandante y la municipalidad emplazada, configurándose una relación laboral a plazo indeterminado.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, mediante la resolución de fecha 19 de julio de 2016, revocó la apelada y declaró infundada la demanda por considerar que las labores desempeñadas corresponden al régimen laboral público. Por ello, la demandante debió recurrir a la vía del proceso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare nulo el despido arbitrario del que habría sido víctima la recurrente, debido a la desnaturalización de su relación laboral. En consecuencia, solicita que se ordene su inmediata reincorporación en el cargo que desempeñaba como obrera (serenazgo) en la Gerencia de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Provincial de Talara.

Argumentos de las partes

2. La demandante afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso. Alega que, si bien estuvo sujeta a una relación civil, en los hechos prestó servicios mediante una relación laboral a plazo indeterminado. Por ello, solo podía ser despedida por causa relacionada con su capacidad o conducta laboral.
3. El procurador público de la municipalidad emplazada argumenta que corresponde declarar infundada la demanda, puesto que la relación que la demandante mantuvo con su representada fue de naturaleza netamente civil y no laboral. Agrega que los documentos presentados por la actora no acreditan la existencia de vínculo laboral con la municipalidad demanda.

GACETA JURIDICA

Procedencia de la demanda

4. En primer término, se debe evaluar si corresponde declarar improcedente la demanda y determinar si es que lo planteado por la recurrente se debe dilucidar en la vía del proceso ordinario laboral. Para ello, corresponde analizar (i) la necesidad de tutela urgente en el presente caso y (ii) los alcances del precedente establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC en relación con los obreros y las obreras municipales.

(i) La necesidad de tutela urgente en el presente caso

5. En la sentencia recaída en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será igualmente satisfactoria como la vía del proceso constitucional de amparo si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho, ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada, iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad y iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

6. En atención a los criterios jurisprudenciales allí establecidos, la aplicación del referido precedente responde a dos criterios, uno objetivo y otro subjetivo. En el primer caso, se debe evaluar que la estructura propia del proceso sea idónea para acoger la pretensión de la parte recurrente. En el segundo supuesto, corresponde analizar si existe un riesgo de irreparabilidad del derecho en cuestión en caso de que se transite por la vía ordinaria y la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad del daño que podría ocurrir.

7. En el caso de los obreros municipales, corresponde realizar un análisis detenido respecto al criterio subjetivo en la medida en que se pueden presentar ciertos escenarios en los que se encuentre comprometida la necesidad de una tutela urgente. La situación de precariedad institucional y las condiciones de inestabilidad laboral que, en ciertos casos, afrontan los obreros municipales los colocan en una situación particularmente preocupante.

8. Además, las difíciles condiciones remunerativas de este grupo de trabajadores son un factor adicional importante a considerar. En estos casos, por ejemplo, la necesidad de tutela urgente puede derivar de la situación de pobreza que se podría

GACETA JURIDICA

generar respecto de algunos obreros municipales que acuden al proceso constitucional del amparo alegando un presunto despido arbitrario. Sobre el particular, cabe recordar que este Tribunal ya ha manifestado su preocupación por la situación general de las personas que viven en situación de pobreza y pobreza extrema en el Perú (Sentencia 0853-2015-PA/TC), considerando, incluso, que estas personas forman parte de un grupo en situación de vulnerabilidad (Sentencia 0033-2010-PI/TC, fundamento 15).

9. En ese sentido, debido a la condición en la que en muchos casos se encuentran estas personas, el Estado en general —y los órganos jurisdiccionales en particular— tiene la obligación de garantizarles el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo. Así, como lo ha manifestado la relatora especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, el acceso a recursos judiciales de tales características es fundamental para afrontar las principales causas de la pobreza, la exclusión y la situación de vulnerabilidad (cfr. Asamblea General A/67/278, 2012, párrafo 5).

10. De igual parecer, en nuestro hemisferio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su reciente informe temático sobre "Pobreza y derechos humanos en las Américas", señala que "las personas que viven en situación de pobreza o pobreza extrema generalmente enfrentan mayores obstáculos para acceder a la justicia, así como a los medios que les permitan la gestión efectiva para denunciar y exigir el cumplimiento de sus derechos" (OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147. 2017, párrafo 504).

11. En consecuencia, la sola situación de precariedad institucional no puede conllevar que se asuma, de manera general, la habilitación del proceso de amparo, sino que se debe verificar, en cada caso, la situación específica de cada persona atendiendo a un parámetro más concreto y, de esa manera, corroborar si el despido denunciado evidencia la condición de vulnerabilidad que justificaría una tutela urgente a través del amparo. Al respecto, es pertinente utilizar como parámetro de medición la llamada "línea de pobreza". Esta se obtiene a partir de una consideración dual, conformada por una línea de indigencia o pobreza extrema (componente alimentario) a la que se le suman bienes y servicios básicos (componente no alimentario).

12. Sobre este aspecto, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en su informe técnico sobre la "Evolución de la pobreza monetaria 2007-2018", ha empleado el análisis de la línea de pobreza desagregándolo en dos

GACETA JURIDICA

componentes a saber: a) el componente alimentario, constituido por el valor de una canasta socialmente aceptada de productos alimenticios ("Evolución de la pobreza monetaria 2007-2018", página 31); y b) el componente no alimentario, conformado por el valor de la canasta de bienes y servicios que requiere una persona para satisfacer sus necesidades referidas al vestido, al calzado, al alquiler de vivienda, al uso de combustible, a los muebles, a los enseres, a los cuidados de la salud, al transporte, a las comunicaciones, al esparcimiento, a la educación, a la cultura y otros ("Evolución de la pobreza monetaria 2007-2018", página 34).

13. Para el primer componente, el INEI ha considerado un valor *per capita* mensual nacional, actualizado al 2018 por cada miembro que conforma el hogar, ascendente a S/183. Este monto, sumado a lo que integra el componente no alimentario, establece la línea de pobreza nacional en S/344 mensuales por cada persona que habita un hogar ("Evolución de la pobreza monetaria 2007-2018", páginas 33 y 34). En virtud de estos criterios, la condición de pobreza como situación de especial vulnerabilidad se configurará cuando una persona reside en un hogar cuyo gasto *per capita* es insuficiente para adquirir una canasta básica de alimentos y no alimentos (ambos componentes), mientras que la condición de extrema pobreza se presentará si es que la persona integra un hogar cuyos gastos *per capita* son inferiores al costo de la canasta básica de alimentos (solo el primer componente) (cfr. "Evolución de la pobreza monetaria 2007-2018", página 41).

14. En consecuencia, al considerar la línea de pobreza *per capita* nacional en S/344, se puede asumir como monto base la suma de S/1376 si se considera que, según la más reciente "Encuesta demográfica y de salud familiar (Endes), 2016" realizada por INEI, una familia promedio está compuesta por 3,7 miembros; es decir, por cuatro personas si se redondea dicha cifra al número entero inmediatamente superior. Por lo tanto, cuando un obrero municipal perciba una remuneración mensual inferior al monto anteriormente establecido, corresponderá ventilar el caso en la vía del proceso constitucional de amparo. Ello se sustenta en el criterio asumido por este Tribunal de admitir a trámite las demandas de amparo cuando se manifieste la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida en un caso concreto, independientemente de si existe una vía igualmente satisfactoria (cfr. Sentencias 01406-2013-PA/TC, fundamento 5; 00967-2008-PA/TC, fundamento 6; y 5702-2006-PA/TC, fundamento 4).

15. Ahora bien, para aquellos casos en los cuales los ingresos mensuales de la parte demandante sean variables, corresponderá evaluar las remuneraciones de los

GACETA JURIDICA

últimos 12 meses considerando como punto de referencia la fecha en la cual se alega que ha ocurrido el supuesto despido arbitrario, a fin de obtener un promedio de lo percibido y verificar si ello supera o no el monto previamente señalado. Esto se sustenta en el hecho de que la línea de pobreza es un concepto económico de naturaleza anual.

16. En consideración con lo expuesto anteriormente, corresponde que la presente demanda sea admitida y tramitada en el proceso de amparo si se tiene en cuenta que, de las últimas 12 remuneraciones percibidas por la demandante (fojas 16, 17, 28, 34, 43, 56-A, 61, 70, 79-b, 89, 95, 106, 118, 127, 133, 134, 139, 144 y 145), se puede apreciar que esta percibía un promedio aproximado de S/850 mensuales. Por lo tanto, este monto es inferior a la línea de pobreza establecida.

(ii) Los alcances del precedente establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC para el caso de obreros municipales

17. 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 se aplicará a los casos en los que la plaza en la que laboraba el demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública. Ello en mérito de que no tendría sentido exigir el empleo de criterios meritocráticos cuando no se requiere tomar en cuenta estas consideraciones frente a quienes no forman parte de la carrera administrativa (cfr. fundamentos 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC).

18. 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).

19. 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:

GACETA JURIDICA

a. El caso se debe referir a la desnaturalización de un contrato, el cual puede ser temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.

b. Se debe pedir la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), a aquella a la cual corresponde acceder mediante un concurso público de méritos (b.2) y que, además, se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

20. En el presente caso, la parte demandante reclama la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil, cumpliéndose así el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta. Sin embargo, el pedido de la parte demandante consiste en que se ordene su reposición en el puesto de obrera (serenazgo) en la Gerencia de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Provincial de Talara, sujeta al régimen de la actividad privada, 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), es decir, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.

21. 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 la recurrente fue objeto de un despido arbitrario.

Análisis de la controversia

22. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona”. Asimismo, el artículo 27 señala lo siguiente: “[l]a ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

23. El artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que “[e]n toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita, y el segundo, en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece”.

24. En cuanto al principio de la primacía de la realidad, este Tribunal ha establecido

GACETA JURIDICA

que "[…] 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" (Expediente 01944-2002-PA/TC, fundamento 3).

25. En el caso de autos se advierte que la demandante prestó servicios como serenazgo (obrera) en la Gerencia de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Provincial de Talara desde el 1 de abril de 2013 hasta el 2 de enero de 2015, excepto los meses de diciembre de 2013 y mayo de 2014.

26. De lo actuado se aprecian los siguientes medios probatorios: a) actas de entrega de equipos de la Jefatura de Administración y Servicios (foja 47), memorando múltiple de fecha 14 de agosto de 2014 (foja 45), constancia de capacitación de fecha de 13 de setiembre de 2013 (foja 45), rol de servicio del Área de Comunicaciones de la Gerencia de Seguridad Ciudadana (fojas 14, 23, 33, 35, 54, 68, 77, 86, 93, 102, 111, 125, 131, 138, 143 y 148) y planillas de asistencia del personal de la Gerencia de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Provincial de Talara (fojas 14, 15, 25, 25, 27, 36, 37, 38, 46 y 55); b) constatación policial en la que se señala que la demandante prestó labores para la parte emplazada desde el mes de abril de 2013 hasta el 2 de enero de 2015 (fojas 149); y c) recibos por honorarios (fojas 16, 17, 28, 34, 43, 56-A, 61, 70, 79-b, 89, 95, 106, 118, 127, 133, 134, 139,144 y 145).

27. Del análisis de dichos medios probatorios, queda claro que la relación civil que mantuvo la demandante con la Municipalidad Provincial de Talara se ha desnaturalizado, toda vez que los instrumentales mencionados acreditan que la accionante estaba sujeta a subordinación. En efecto, lo que consta en autos acredita que esta ejerció labores ininterrumpidas como obrera (serenazgo) y que, además, recibía una remuneración mensual (acápite "c" del fundamento 26 *supra*).

28. En el acápite "a" del fundamento 26, se aprecia que la actora estaba sujeta a un jefe inmediato, recibía capacitación e, incluso, se le envió un memorando con un llamado de atención por la asistencia. Es decir, se evidencia que la supuesta relación civil que existió entre ambas partes, en realidad, encubrió una relación laboral a plazo indeterminado. Por consiguiente, este Tribunal estima que los mencionados instrumentales sí tienen mérito probatorio para acreditar la relación laboral que mantuvo el actor con la emplazada.

29. En otras palabras, se evidencia que la supuesta relación civil que existió entre ambas partes, en realidad, encubrió una relación laboral a plazo indeterminado. Por consiguiente, este Tribunal estima que los mencionados instrumentales sí tienen mérito probatorio para acreditar la relación laboral que mantuvo la demandante con

GACETA JURIDICA

la emplazada.

30. En consecuencia, y en aplicación del artículo 4 del TUO del Decreto Legislativo 728, ha quedado acreditado que la recurrente prestó servicios para la municipalidad emplazada de manera personal, bajo subordinación y de forma remunerada. Por ende, en rigor, tenía un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

31. En mérito de lo expuesto, y de la aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que entre las partes ha existido un vínculo de naturaleza laboral, toda vez que la relación contractual que mantuvieron la parte demandante y la emplazada se ha desnaturalizado. Por ello, para el cese de la actora, se debió imputar una causa relativa a su conducta o capacidad laboral que lo justifique, otorgándole los plazos y derechos a fin de que haga valer su defensa, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

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, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

2. En consecuencia, declarar **NULO** el despido arbitrario de la demandante. Asimismo, se debe **ORDENAR** a la Municipalidad Provincial de Talara que reponga a doña Janet Gladys Medina Quevedo como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que desempeñaba o en otro de igual o similar categoría o nivel.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

GACETA JURIDICA

EXP. N.° 00169-2017-PA/TC
SULLANA
JANET GLADYS MEDINA QUEVEDO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar algunas precisiones sobre el precedente Elgo Ríos, expediente 02383-2013-PA/TC:

1. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano, el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, 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 de1 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.

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

3. En el caso de autos, a la fecha de interposición de la demanda (8 de enero de 2015), se encontraba vigente en el distrito judicial de Sullana, la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, esto es, que el proceso laboral abreviado se constituiría como una vía igualmente satisfactoria para atender la pretensión de la parte demandante. En embargo, ello requiere algunas precisiones por la especial situación en la que se encuentra la parte recurrente. En ese sentido, debe tomarse en cuenta el tiempo que viene empleando la demandante y la instancia en la que se encuentra su causa; en

GACETA JURIDICA

consecuencia, no resultará igualmente satisfactorio que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda que la actora inicie un nuevo proceso en la vía ordinaria; ya que, ello implicará un mayor tiempo de litigio y de vulneración de sus derechos constitucionales.

4. Por otra parte, desde la perspectiva subjetiva, estos trabajadores se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad y pobreza, tomando en cuenta que se encuentran expuestos a una precariedad institucional, más aún si tomamos en consideración, contrataciones fraudulentas que buscan desconocer sus derechos laborales y la adecuada protección contra el despido arbitrario que les asiste.

5. Aunado a ello, es preciso subrayar que el artículo 24 de nuestra Constitución ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente, la remuneración como retribución que recibe la trabajadora en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, a la salud e igualdad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona. (STC 04922-2007-PA/TC, fundamento jurídico 6).

6. Por lo que, de lo expuesto no puede hablarse de la existencia de una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo

S.

MIRANDA CANALES

GACETA JURIDICA

EXP. N.° 00169-2017-PA/TC
SULLANA
JANET GLADYS MEDINA QUEVEDO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental al trabajo, discrepo de los fundamentos 4 al 21 de la sentencia, por las consideraciones que paso a exponer:

1. Discrepo y me aparto de los fundamentos del 4 al 16, por cuanto 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 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 de la demandante (sin que sea necesario tener en cuenta sus ingresos mensuales), características que tienen que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la 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 a la 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 de los fundamentos 17 a 21 de la sentencia en cuanto se 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

GACETA JURIDICA

EXP. N.° 00169-2017-PA/TC
SULLANA
JANET GLADYS MEDINA QUEVEDO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso estimo que la demanda de amparo debe declararse **IMPROCEDENTE**, dado que los trabajadores municipales del serenazgo no son obreros, sino empleados debido a las labores complejas que realizan; y porque la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC (caso Cruz Llamos) al no constituirse en precedente o doctrina jurisprudencial, carece de fuerza vinculante para inaplicar o cambiar el precedente Huatuco. Mis razones son las siguientes:

Los trabajadores municipales del serenazgo no son obreros sino empleados

1. En mi opinión, no es aplicable a los autos los criterios del caso Cruz Llamos porque el personal de serenazgo no tiene la categoría de "obrero". En función a las labores que desempeñan ellos son empleados y pertenecen al régimen laboral de la actividad pública, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades.

2. El personal de serenazgo también realiza labores administrativas en la ejecución de sus servicios, pues se encarga de registrar sus intervenciones y de redactar informes de las ocurrencias en el que participa. Si realizan labores administrativas, entonces, deben ser considerados como "empleados". Así es como viene razonando el Tribunal Constitucional en el caso de los almaceneros de las municipalidades, donde se asume que tienen la categoría de empleados porque realizan "acciones administrativas" (véanse los Expedientes 04533-2013-PA/TC, 04126-2013-PA/TC, 03880-2013-PA/TC, 02508-2013-PA/TC, 02270-2013-PA/TC, 02121-2013-PA/TC, 01473-2013-PA, 00663-2013-PA, entre otros).

3. Por otro lado, se debe tener presente que el personal municipal de serenazgo no ejerce una actividad puramente física ni mecánica, semejante a los servicios que prestan los trabajadores de jardinería, de limpieza o de guardianía de las municipalidades; sino que, además del esfuerzo físico, ellos también necesitan de **habilidades intelectuales** para ejercer sus funciones adecuadamente. Sus mismas responsabilidades así lo exigen. Incluso hacen uso de tecnologías específicas y se capacitan sobre seguridad ciudadana y derechos del ciudadano.

4. El serenazgo hace tipificaciones de las intervenciones que realiza; coordina la planificación y ejecución de operaciones de ronda y patrullaje general con la Policía Nacional del Perú; desarrolla acciones de prevención y disuasión de actos delictivos; supervisa la seguridad de los espacios públicos; brinda atención y asistencia a las

GACETA JURIDICA

víctimas de los delitos, faltas o accidentes; presta orientación, información y auxilio a los vecinos, etc. De ahí que, a mi juicio, la función del serenazgo no debe ser considerada como manual, en vista que su labor en la práctica es más compleja y requiere de habilidades más que físicas.

5. Cabe resaltar que la actual ley orgánica de municipalidades no dispone que el personal de serenazgo deba ser considerado obrero. De hecho, en los antecedentes legislativos de la ley orgánica precitada siempre fue considerado en una categoría distinta de la de los obreros:

ARTÍCULO 52 DE LA ANTERIOR LOM, LEY 23853 (año 1984)	**ARTÍCULO 52 DE LA ANTERIOR LOM, LEY 23853, MODIFICADO POR LA LEY 27469 (año 2001)**	**ARTÍCULO 37 DE LA VIGENTE LOM, LEY 27972 (año 2003)**
Categorías previstas: - Funcionarios - Empleados - Obreros - Personal de vigilancia	**Categorías previstas:** - Funcionarios - Empleados - Obreros - Personal de vigilancia	**Categorías previstas:** - Funcionarios - Empleados - Obreros
Régimen laboral atribuido: - Todos en el de la actividad pública	**Régimen laboral atribuido:** - Funcionarios, empleados y personal de vigilancia en el de la actividad pública - Obreros en el de la actividad privada	**Régimen laboral atribuido:** - Todos en el de la actividad pública - Obreros en el de la actividad privada

6. En ese sentido, si bien he suscrito la jurisprudencia de este Tribunal que considera al serenazgo como obrero, considero que se debe reevaluar ese criterio y reconsiderar a estos trabajadores como empleados, por ser lo que corresponde a sus funciones reales.

La sentencia del caso Cruz Llamos no es jurisprudencia vinculante

7. Por otro lado, es necesario mencionar que el caso Cruz Llamos no debe ser aplicado más allá del caso concreto que resolvió, dado que no es precedente ni doctrina jurisprudencial. Es decir, no es una sentencia que sea vinculante, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

GACETA JURIDICA

8. La referida sentencia pretende pues dejar sin efecto los criterios normativos establecidos en el caso Huatuco sin respetar que este tiene el estatus de precedente y que fue adoptado de conformidad con el artículo VII del citado código.

9. De tal forma que persistir en aplicar el caso Cruz Llamos en lugar del precedente Huatuco carece de base normativa y jurisprudencial. Si no se está de acuerdo con un precedente, no se puede intentar revocarlo con la etiqueta de "precisar" sus alcances. Esto pues debilita la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional.

10. En efecto, más allá que se señale, como hace el fundamento 2 de la sentencia de autos, que el caso Cruz Llamos únicamente ha "precisado" los alcances del precedente Huatuco, lo cierto es que en realidad lo que dicha sentencia pretende es dejarlo sin efecto. Su vocación es deshacer su regla que **es ordenar mediante un criterio unificado la exigencia del concurso público de méritos para los trabajadores que no pertenecen a la carrera administrativa**, sean profesionales, técnicos, obreros, etc. (como lo son los trabajadores públicos del régimen laboral del Decreto Legislativo 728).

11. Esto es importante destacar porque la controversia que resolvió precisamente el precedente Huatuco trató acerca de una trabajadora que se había desempeñado como secretaria judicial de la Corte Superior de Justicia de Junín y que pertenecía al régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 (es decir, no era una trabajadora de carrera), situación que motivó a este Tribunal a esclarecer la obligatoriedad del requisito del concurso público de méritos para acceder a una plaza a tiempo indefinido en el régimen laboral privado del Estado.

12. Por eso, el precedente Huatuco estableció un criterio normativo que está dirigido a los trabajadores del sector público que pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo 728 porque en dicho régimen no es un requisito legal el aprobar un concurso público de méritos, en vista que primigeniamente fue concebido como un régimen para regular los contratos laborales del sector privado y empresarial; pero que, en la medida que luego se autorizó legalmente su aplicación a la Administración Pública (poderes del Estado, ministerios, organismos reguladores, municipalidades provinciales, locales, etc.), surgió el problema de si era o no aplicable el concurso público respecto del personal del Estado.

13. De ahí que el Tribunal Constitucional haya establecido como regla vinculante, en relación al acceso a una plaza de duración indeterminada, el concurso público de méritos:

GACETA JURIDICA

> "en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada" (fundamento 18).

Regla que no ha sido más que el producto de delimitar los alcances de la desnaturalización laboral regulados en los artículos 4 y 7 del Decreto Legislativo 728 en la Administración Pública, a partir de una **interpretación sistemática** de las disposiciones de la Constitución que norman la función pública, la carrera administrativa y la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública.

14. Por esta razón, los fundamentos del caso Cruz Llamos confunden a los justiciables y a todos cuando afirman que el precedente Huatuco se ampara en la carrera administrativa como bien jurídico constitucional para preservar el concurso público en los regímenes de la "carrera administrativa", lo cual no es, de ningún modo, cierto. Lo que hace el precedente es demostrar que, conforme al capítulo de la función pública de la Constitución y a la regulación constitucional de la carrera administrativa, se desprende que la Administración Pública, aunque emplee el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 para vincular a sus trabajadores, no lo convierte en una empresa privada, sino que quedaba claro que los trabajadores estaban igualmente al servicio de la Nación y se regían por el principio del mérito en el acceso a la función pública.

15. Y es que, de hecho, el precedente Huatuco no tiene la intención de referirse a los servidores de carrera como mal afirma el caso Cruz Llamos; por la sencilla razón de que la exigencia del concurso público para este universo de servidores nunca representó una incertidumbre interpretativa para la jurisprudencia constitucional, dado que ellos siempre han ingresado por concurso público y, por eso, hubiera resultado ocioso una problematización sobre el tema. El mismo régimen general de las carreras administrativas, el Decreto Legislativo 276, establece *expresamente* en su artículo 12 que es un requisito para el acceso a la carrera la aprobación de un "concurso de admisión". Lo mismo sucede con las carreras especiales, como las del personal policial y militar, de los jueces, de los fiscales, de los médicos, de los docentes universitarios, de los profesores, de los diplomáticos, etc., que estipulan el acceso por concurso público como una condición imperativa.

16. Además, ¿en qué oportunidad el Tribunal hubiera podido plantear el concurso público para los servidores de carrera si las controversias laborales de los

GACETA JURIDICA

trabajadores de la carrera administrativa no son desde hace mucho competencia de los jueces constitucionales, en virtud del precedente Baylón Flores, vigente desde el año 2005? Recordemos que desde ese precedente las pretensiones que se refieren a la reposición de los trabajadores de la carrera administrativa deben ser tramitadas en el proceso contencioso-administrativo por ser la vía igualmente satisfactoria, lo cual se cumple hasta la actualidad, incluso, con el actual Pleno de magistrados.

17. ¿De dónde entonces el caso Cruz Llamos colige que el precedente tuvo como finalidad real resguardar el concurso público de los servidores que pertenecen a una "carrera administrativa"? Más aún si el mismo precedente precisa con claridad en sus fundamentos 3 a 6, que era necesario establecer una regla vinculante respecto de las diversas interpretaciones de los "artículos 4 y 77 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728" y del artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, en relación a la exigibilidad del concurso público. Es decir, claramente se refiere al régimen laboral privado en el Estado.

    De ahí que no hay razones para llegar a una conclusión como la que hace el caso Cruz Llamos.

18. Entonces, cuando el caso Cruz Llamos refiere que "interpreta" el precedente Huatuco y luego establece que la regla del concurso público de méritos está circunscrita en realidad a las plazas de los trabajadores de la carrera administrativa, lo que incorpora es una supuesta "precisión" totalmente ajena al objeto del precedente, inoficiosa e innecesaria, toda vez que, como se ha referido, ellos ya ingresan por concurso público, porque así lo estipula desde su origen la misma regulación legal de su régimen, lo que no sucede con el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 aplicado al sector público, que es lo que se busca hacer frente con el precedente Huatuco desde la Constitución.

19. Por eso, los criterios establecidos en el caso Cruz Llamos no interpretan, sino que intentan "revocar" en forma encubierta el precedente porque si, en su inicio, este precedente fue expedido para ser aplicado en el caso de los trabajadores públicos que pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo 728; ahora se procura que el precedente se aplique a los trabajadores que pertenecen a la carrera administrativa, lo cual no es en ningún sentido la razón del precedente. Sería reducirlo a la nada y convertirlo en una mera repetición de lo que ya de por sí exigen las carreras administrativas.

20. Y en este punto debo precisar lo siguiente. Desde una perspectiva jurisprudencial, si se está en desacuerdo con el precedente Huatuco y se desea desmantelarlo, se deben

GACETA JURIDICA

utilizar los mecanismos institucionales adecuados para dejarlo sin efecto y establecer la regla que defienden, esto es, "que *no* es exigible el concurso público para acceder a una plaza para prestar servicios en el Estado", pero no se debe recurrir a construcciones interpretativas artificiales que solamente generan incertidumbre en los operadores jurídicos (sobre todo judiciales) y en los ciudadanos.

21. En efecto, si se asume que el caso Cruz Llamos es vinculante (lo cual negamos) restablecería la incertidumbre acerca de si los trabajadores que prestan servicios en el Estado bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 ingresarían o no por concurso público. Lo cual generaría desconcierto porque, sin perjuicio de la vigencia del precedente Huatuco, si tenemos que el propio legislador en el artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, ha previsto para toda la Administración Pública, en forma general y expresa, que "[e]l acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades", cómo es que el fundamento 10 del caso Cruz Llamos, sin mayores reparos, en contravención al precedente y a esta ley expresa, señala en relación al criterio meritocrático que "**no tendría sentido exigir este tipo de estándar** para la reposición laboral si se tratara 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" (resaltado agregado).

22. Es decir, si se aplicara el criterio del caso Cruz Llamos, un secretario judicial de una corte superior de justicia, un profesional de un ministerio o un técnico de un organismo regulador que sea contratado o reincorporado en el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 podría pues ingresar a trabajar en la Administración Pública sin que necesariamente haya superado un concurso público porque, según se afirma, "no tendría sentido exigir este tipo de estándar" dado que no es parte de una carrera administrativa, situación que a todas luces me parece que no es el mandato de la Constitución ni de la ley.

23. En el caso de los trabajadores obreros, el caso Cruz Llamos asume de igual modo el mismo criterio: en tanto no pertenecen a una carrera administrativa tampoco le es exigible un concurso público de méritos. Sobre este particular, debo afirmar que si bien sus labores son manuales, muy distintas por cierto a las de un profesional, ello no significa que *per se* no puedan ser elegidos en virtud de criterios objetivos. Ellos pueden efectivamente aprobar un proceso de selección mínimo.

24. El problema no es el concurso público en sí. Si los obreros deben ser elegidos en forma distinta en comparación con los servidores profesionales o técnicos, dada la

GACETA JURIDICA

naturaleza de sus servicios —con lo cual estoy totalmente de acuerdo— la solución no es pues afirmar que no pertenecen a una carrera administrativa y, por ende, que no estarían sujetos a ningún tipo de concurso público o que "no tendría sentido exigir este tipo de estándar". Por el contrario, si la Constitución incorpora el principio meritocrático para vincularse al Estado y, en el caso particular de los obreros municipales, en el régimen laboral privado, **lo razonable más bien sería graduar el nivel de dificultad de los requisitos para ser elegible como obrero, antes que eliminar de plano el concurso público**, puesto que, aunque sean obreros y la naturaleza de sus funciones sean manuales, ello no supone que no exista ningún criterio objetivo de selección y que estemos a merced de la simple voluntad de los empleadores al momento de contratarlos.

25. En ese sentido, estoy en desacuerdo con que se aplique el caso Cruz Llamos como si fuera vinculante, pues como he explicado no es precedente ni doctrina jurisprudencial y, además, pretende deformar los criterios establecidos en el precedente Huatuco, al señalar que solamente se aplica a los servidores de la carrera administrativa cuando es evidente que está dirigido a los trabajadores que no pertenecen a él y, sobre todo, a aquellos que se rigen bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728. Por eso, el precedente no necesita "precisión" y debe ser acatado en todos sus términos sin modificación alguna.

La importancia del concurso público de méritos

26. Finalmente, debo advertir que existe en el caso Cruz Llamos una subestimación implícita del concurso público de méritos. Como si este fuera un ritual burocrático más que da igual si insistimos en él o no. Cuando en realidad el concurso público de méritos es todo lo contrario; pues cumple un rol fundamental a favor de la igualdad de oportunidades, en la calidad de los servicios públicos que brinda el Estado y en la lucha contra la corrupción, que es uno de los problemas sociales que más afecta a nuestro país y contra el cual deberíamos estar todos comprometidos.

27. El concurso público de méritos es pues una herramienta adecuada para hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades porque, con base en las mismas reglas de juego para todos, nos asegura que los aspirantes a un puesto público (profesionales, técnicos u obreros) que demuestren poseer los conocimientos y/o experiencias para desempeñar las actividades requeridas serán seleccionados para prestar servicios en el Estado.

28. Ello evidentemente redundará en la calidad de los servicios públicos estatales dado que la incorporación de los mejores trabajadores públicos incidirá positivamente en

GACETA JURIDICA

la gestión interna de las instituciones estatales y, consecuentemente, en la calidad de sus servicios a la ciudadanía, fortaleciendo, finalmente, la confianza de estos respecto a sus autoridades y entidades públicas.

29. Por otro lado, el concurso público de méritos también es una forma de combatir la corrupción en el Estado porque elimina las prácticas de contratación según el beneficio privado o de terceros. De ahí que velar por procedimientos de selección que sean públicos y sobre la base del mérito deba ser un esfuerzo no solo de las autoridades de la Administración Pública, sino también de las jurisdiccionales, entre ellas el Tribunal Constitucional.

30. En ese esfuerzo de lucha contra la corrupción se ha encaminado la reciente Comisión Presidencial de Integridad, que entre sus puntos de su informe final ha propuesto instaurar la máxima transparencia en el Estado y fortalecer el servicio civil, afirmando que "para eliminar la corrupción en el Estado es indispensable contar con un servicio civil profesional basado en el mérito y la flexibilidad" (Informe de la Comisión Presidencial de Integridad, 4 de diciembre de 2016, página 8).

31. En forma más específica, la Autoridad del Servicio Civil ha expedido la Resolución de Presidencia Ejecutiva 060-2016-SERVIR-PE, que aprueba la Directiva 002-2016-SERVIR/GDSRH, "Normas para la Gestión de los Procesos de Selección en el Régimen de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil", con la finalidad, precisamente, de estandarizar y uniformizar el proceso de selección para promover que las entidades públicas cuenten con servidores civiles idóneos de acuerdo con los perfiles de puestos y sobre la base de los principios de meritocracia, transparencia e igualdad de oportunidades.

32. En ese sentido, y en la lógica de promover la máxima transparencia en el Estado y el fortalecimiento del criterio del mérito, estimo que en la aplicación del concurso público como política pública de recursos humanos, los procesos de selección de personal deben ser, por lo menos:

    - **Públicos**: La publicidad debe ser un principio de los procesos de selección desde la convocatoria de la entidad con los requisitos del perfil del puesto hasta el resultado final del proceso;

    - **Especializados**: El órgano que realice el concurso público debe ser un órgano técnico con las suficientes competencias para evaluar al candidato y asegurar que su perfil se adecúe a lo requerido por la entidad;

GACETA JURIDICA

- **Imparciales**: Se debe verificar que el funcionario o los miembros del órgano que lleven a cabo el concurso público no tengan amistad, relación o conflicto de intereses con los candidatos al puesto, para garantizar la objetividad de la selección del trabajador público;

- **Impugnables**: Los resultados finales del concurso público deben ser susceptibles de impugnación ante un órgano superior mediante un recurso sencillo y rápido; y,

- **Sujetos a veedurías**: La sociedad civil organizada, organismos estatales distintos de la entidad convocante o incluso los sindicatos o representantes de los trabajadores deben tener la posibilidad de participar en la vigilancia de los concursos públicos con la finalidad de que se controle la regularidad e imparcialidad del proceso.

33. Por lo expuesto, considero entonces que el caso Cruz Llamos, además que pretende desmantelar el precedente Huatuco sin ser un precedente vinculante ni doctrina jurisprudencial, no apoya a una política de mejorar los servicios públicos a través de destacados trabajadores públicos; y tampoco contribuye a fortalecer aquellos mecanismos que pueden servirnos para combatir la corrupción dentro del Estado, como lo es el concurso público de méritos para la selección de personal. Por estas razones adicionales, reafirmo mi posición respecto a que el caso Cruz Llamos carece de fuerza vinculante para inaplicar o cambiar el precedente Huatuco, el mismo que sigue plenamente vigente.

Análisis del caso concreto

34. La demandante solicita que se deje sin efecto el despido de fecha 2 de enero de 2015, y, en consecuencia, se le reincorpore como Personal de Seguridad Ciudadana (serenazgo) de la Gerencia de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Provincial de Talara. Refiere que laboró suscribiendo contratos de locación de servicios personales con la entidad demandada, desde el 1 de abril de 2013 hasta el 2 de enero de 2015, excepto los meses de diciembre de 2013 y mayo de 2014; asimismo, expresa que se desempeñó cumpliendo funciones de carácter permanente, bajo subordinación, y por las que percibía una remuneración mensual.

35. Al respecto, tal como lo he señalado en los fundamentos precedentes, el personal de serenazgo tiene la categoría de empleado y no de obrero. Por eso, el demandante pertenece al régimen laboral público conforme al artículo 37 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, que dispone que "[l]os funcionarios y empleados de

GACETA JURIDICA

las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley".

36. Por lo tanto, en el presente caso, se advierte la existencia de una controversia con relación a la contratación del demandante, situación que corresponde ser dilucidada a través del proceso contencioso-administrativo, por ser esta la vía idónea para evaluar las cuestiones relacionadas con el personal dependiente de la Administración Pública.

Por estos fundamentos, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de autos.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

GACETA JURIDICA

EXP. N.° 00169-2017-PA/TC
SULLANA
JANET GLADYS MEDINA QUEVEDO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

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

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

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

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

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

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

[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.

GACETA JURIDICA

(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:

GACETA JURIDICA

> [...] 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].

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

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

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

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

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

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

> El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.
> **Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al**

[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).

GACETA JURIDICA

> **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 indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*". Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

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

S.

FERRERO COSTA

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

GACETA JURIDICA

EXP. N.° 00169-2017-PA/TC
SULLANA
JANET GLADYS MEDINA QUEVEDO

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.

GACETA JURIDICA

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.

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 más de veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Tampoco cambia las cosas el pretender justificar el cumplimiento de deberes estatales establecidos en el artículo 23 de la Constitución con interpretaciones de esta naturaleza. En la perspectiva constitucional, el Estado debe fomentar el empleo productivo.

Esta obligación no se suprime en una emergencia sanitaria. Las medidas para hacerle frente a una emergencia sanitaria deben ser idóneas, razonables y proporcionales. No puede suprimirse el derecho al trabajo de las personas si no es estrictamente necesario hacerlo.

De otro lado, desde que la sentencia realiza el análisis de procedencia de la demanda en virtud del precedente Elgo Ríos (Expediente 02383-2013-PA/TC), me remito al voto singular que suscribí entonces.

GACETA JURIDICA

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

LA LEY

GACETA JURIDICA