



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de octubre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Ramos Núñez y Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Julia Melchora Capcha Tucno, contra la sentencia de fojas 237, de fecha 7 de julio de 2015, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró infundada la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 15 de enero de 2014, la demandante solicita que se disponga su reincorporación en el cargo que venía desempeñando en la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre. Manifiesta haber prestado servicios como obrera de limpieza pública desde el 1 de octubre de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2013, suscribiendo contratos de locación de servicios. Refiere que realizó labores de naturaleza permanente, bajo subordinación y sujeta a un horario de trabajo; y que su contratación civil se desnaturalizó y se convirtió en un contrato laboral de naturaleza indeterminada, por lo que, al ser despedida sin existir causa justa derivada de su conducta o capacidad, su despido es arbitrario y vulnera sus derechos al trabajo y al debido proceso, así como los principios de inmutabilidad de la legalidad y de primacía de la realidad.

El procurador público de la municipalidad emplazada contesta la demanda y precisa que la recurrente estuvo sujeta al Convenio de Pago de Deuda Tributaria con Trabajo Vecinal con carácter temporal, bajo los alcances de la Ordenanza Municipal 256-MDASA, de fecha 27 de mayo de 2010, razón por la cual se le expedieron los respectivos cheques para ser cobrados en el Banco de la Nación. Por lo tanto, una vez fenecido el convenio y cancelada la deuda tributaria, culminaron los beneficios tributarios, lo que no genera ningún vínculo laboral con la entidad.

El Primer Juzgado Civil de Arequipa, con fecha 29 de agosto de 2014, declaró fundada la demanda por estimar que la recurrente acreditó haber brindado los servicios de limpieza pública para la demandada, conforme se desprende de los medios probatorios



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

aportados, con lo cual en los hechos se configuró una relación laboral entre las partes, por lo que no surten efectos legales los convenios que suscribió la actora como parte del Programa de Recuperación de Tributos "Trabajo por Deuda Tributaria".

La Sala revisora revoca la apelada y declara infundada la demanda por considerar que no es posible reponer a la demandante, en tanto esta no cumple con los requisitos establecidos en el precedente emitido en el Expediente 5057-2013-PA/T para el ingreso a la Administración Pública, como haber accedido al puesto de trabajo a través de un concurso público de méritos.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene como fin que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido incausado. Alega la violación de su derecho constitucional al trabajo y al debido proceso, así como de los principios de inmutabilidad de la legalidad y de primacía de la realidad.

### Análisis de procedencia

2. En el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), este 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. En ese sentido, y desde una 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); así como a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria. Por ende, debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).
3. Por otra parte, y desde una 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

involucrado o del daño).

4. Con respecto a la necesidad de tutela urgente por la magnitud del bien involucrado o del daño, este mismo Tribunal ha sostenido que en determinados casos es necesario analizar si, “aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, en virtud de las circunstancias del caso, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria” (RTC Exp. N.º 09387-2006-AA, f. j. 3). En otras palabras, que debe admitirse a trámite el amparo, de manera excepcional, cuando lo alegado “pone de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria” (idem, f. j. 4).
5. En este contexto, considero que en el presente caso, debe tenerse presente que estamos ante una situación vinculada a trabajadores en manifiesta situación de vulnerabilidad e incluso pobreza (se trata de obreros con remuneraciones y prestaciones sociales mínimas), quienes se encuentran además en situación de precariedad institucional (están especialmente expuestos a despidos arbitrarios, como se evidencia con los casos llegados a esta sede). Junto a ello, debe tomarse en cuenta que existe un mandato constitucional expreso dirigido a brindar protección reforzada a los sectores que sufren desigualdad (artículo 59 de la Constitución). En mérito a todo lo expuesto, no puede hablarse de que en este caso en particular existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria, y debe, en principio, recurrirse al proceso de amparo.
6. Y junto a lo ya señalado, debe verificarse también cuál es la pauta específica a seguir para aquellos trabajadores que tienen como pretensión la reposición en la función pública.
7. En ese sentido, conviene tener presente que, en la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de junio de 2015, este Tribunal estableció, en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de esa sentencia con carácter de precedente, que en los casos en los cuales se verifique la desnaturalización del contrato temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó en la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

8. En el caso “Cruz Llamas” (STC 06681-2013-PA/TC), estas reglas fueron precisadas, partiendo de la distinción entre función pública y carrera administrativa, toda vez que no todas las personas que trabajan en lo público en rigor realizan carrera administrativa ni acceden a sus puestos de trabajo por concurso público. De hecho, en muchos casos no tiene sentido que ello sea así.
9. Como consecuencia de estos pronunciamientos se tiene que los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el caso “Huatuco” y a su precisión en el caso “Cruz Llamas” (STC 06681-2013-PA/TC), permiten la aplicación de la regla jurisprudencial invocable frente a la reposición en la función pública, son los siguientes:
- a. El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.
  - b. Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).
10. En el caso, la demandante solicita la reposición al puesto de obrera de limpieza pública, puesto que no se encuentra dentro de la carrera administrativa. En ese sentido se manifiesta también la propia demandada cuando reconoce, en su contestación de demanda, que el puesto requerido no se encuentra previsto en el CAP de la entidad. Siendo ello así, no corresponde la aplicación del precedente “Huatuco”. Por tanto, corresponde realizar un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

**La posibilidad de pagar obligaciones tributarias a través del canje de deudas por servicios en favor de los Gobiernos Locales.**

11. Desde nuestra Constitución, el Perú está configurado como un Estado unitario y descentralizado, razón por la cual el poder no se encuentra concentrado en un órgano único, centralizado, sino que se reconoce la existencia de distintos niveles de gobierno, cada cual, con competencias asignadas por la propia Constitución del Estado, la cual constituye una unidad.
12. Así, si bien se reconocen las amplias competencias con las que cuenta el Gobierno Nacional para orientar la política del Estado, esta configuración del mismo, significa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

también que los niveles descentralizados de gobierno gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, tal como lo reconoce el artículo 194 de la Constitución. Dichas competencias, claro está, deberán considerar los objetivos y lineamientos planteados por el Gobierno Nacional. Esta organización del Estado obedece a una búsqueda de mayor eficiencia de los recursos de la administración en la procura de las necesidades de los ciudadanos.

13. En ese sentido, las disposiciones constitucionales referidas al ámbito de competencia de los Gobiernos Locales son desarrolladas, a su vez, por la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 29792), la cual, como tiene establecido este Tribunal, forma parte del bloque de constitucionalidad [STC 00689-2000-AC/TC, fundamento 4; 00007-2002-AI/TC fundamentos 3 a 5; STC 00041-2004-AI/TC fundamentos 13 y 14]. Por ello es que la determinación de las competencias con las que cuentan estas unidades territoriales de gobierno, así como el reconocimiento a la autonomía en el ejercicio de sus funciones, gozan de la más alta relevancia en nuestro ordenamiento.
14. Asimismo, la autonomía con la que cuentan los Gobiernos Locales encuentra una manifestación concreta en el reconocimiento de la potestad tributaria prevista en el artículo 195 de la Constitución, a través de la cual dichas unidades de gobierno pueden procurarse con los recursos necesarios para desempeñar adecuadamente las funciones que les han sido encomendadas. En ese sentido, la norma IV del TUO del Código Tributario, siguiendo el precepto constitucional, reconoce que los Gobiernos Locales pueden crear, modificar o suprimir, dentro de los límites de la ley, los tributos que se encuentran en el ámbito de sus competencias.
15. En el ejercicio de dicha competencia, se enmarcan programas como el de “Trabajo por Deuda Tributaria” que se presenta en el caso bajo análisis. Mediante estos programas, los Gobiernos locales permiten a los deudores tributarios canjear sus deudas con su fuerza de trabajo, lo que constituye una alternativa para quienes no se encuentran en posibilidad de pagar las deudas. De dicha manera, los gobiernos locales pueden efectivamente cobrar lo que se les debe y los deudores pueden pagar con los recursos que tienen disponibles.
16. A través de programas como este, los Gobiernos Locales pretenden armonizar la efectiva recaudación de tributos para poder contar con fondos con los cuales sea factible satisfacer las necesidades públicas, y el otorgamiento de facilidades a los contribuyentes que no cuenten con otros medios para poder pagar sus deudas con dichas entidades, evitando con ello la intervención en su esfera patrimonio a través de una cobranza coactiva. Por tanto, se puede verificar que dicha modalidad de pago de deudas tributarias tiene una finalidad legítima y es constitucionalmente válida.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

17. Ahora bien, este Tribunal también ha señalado en reiterada jurisprudencia que la autonomía con la que cuentan los Gobiernos Locales no debe confundirse con autarquía, pues el ejercicio de sus competencias no puede realizarse de cualquier manera. Dicho ejercicio, para ser legítimo, deberá ser respetuoso del ordenamiento jurídico en su conjunto y, en particular, de derechos fundamentales que puedan verse amenazados.
18. En ese sentido, la regulación sobre el canje de trabajo por deuda tributaria carece notoriamente de pautas generales que puedan resguardar los derechos, en razón de que la norma habilitante (el artículo 32 del TUO del Código Tributario) no ha establecido límites específicos al pago en forma de trabajo, a diferencia de lo que si hace con el pago en inmuebles, dentro de la habilitación del pago en especie.
19. Así, se requiere contar con un marco claro que permita tener certeza de que las competencias ejercidas por los Gobiernos Locales se encuentren acordes con el ordenamiento. Por ello, se hace necesario prever, de un lado, requisitos ciertos y objetivos para poder acceder a dichos programas de pago; y, de otro, con una determinación clara de cuáles son las deudas que se pueden pagar a través de esta modalidad.
20. Del análisis de la regulación que se ha dado a los mencionados programas en un número importante de municipalidades que los han adoptado<sup>1</sup>, este Tribunal, de forma enunciativa, encuentra que pueden presentarse algunos de los siguientes problemas que pueden poner en conflicto el canje con el derecho al trabajo:
- El tiempo máximo que se puede prestar el servicio sin que se desvirtúe su finalidad.
  - La posibilidad de utilizar esta modalidad de pago más de una vez en un

<sup>1</sup> Se han tomado como referencia las Ordenanzas Municipales N° 256-MDASA de la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre, N° 328-MDCH de la Municipalidad Distrital de Chacabayo, N° 027-2007-A/MPSM de la Municipalidad Provincial de San Martín, N° 379-MDEA de la Municipalidad Distrital de El Agustino, N° 017-2011/MDV de la Municipalidad Distrital de Ventanilla, N° 298-C-MC de la Municipalidad Distrital de Comas, N° 028-07-MDLV de la Municipalidad Distrital de La Victoria, N°353-2015-MDL de la Municipalidad Distrital de Lince, N° 234-2011-MDA de la Municipalidad Distrital de Ancón, N° 451-MDMM de la Municipalidad Distrital de Magdalena, N° 338-MDA de la Municipalidad Distrital de Ate, N° 006-2014 de la Municipalidad Provincial del Callao, N° 013-2016-MPA de la Municipalidad Provincial de Atalaya, N° 018-2016-MDJLBYR de la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivera, N° 17-2015-CM-CMPE-E/C de la Municipalidad Provincial de Espinar, N° 152-MDSL de la Municipalidad Distrital de San Luis, N° 427-MM de la Municipalidad de Miraflores.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

periodo de tiempo determinado.

- El número máximo de horas diarias o semanales de servicio que se puede exigir a los contribuyentes, atendiendo a que dicha actividad no se convierta en una de dedicación exclusiva.
- La necesidad de contar con criterios objetivos que brinden certeza respecto de la correcta valorización del servicio prestado.
- Establecimiento del porcentaje del valor del servicio que será asignado al pago de la deuda tributaria o, de ser el caso, el porcentaje de dicho valor puede ser percibido por el contribuyente como un ingreso.
- Definición de las actividades que se pueden realizar en favor de la municipalidad para el pago de la deuda en este tipo de programas.
- Deudas pueden ser objeto de pago a través de esta modalidad y características de las mismas.

21. Si bien en principio no corresponde a este Tribunal señalar cuales de estos puntos debieran ser atendidos por cada nivel de Gobierno, el hecho de que se trate de una dinámica extendida en gobiernos locales de todo el país, lleva a que este órgano colegiado estime necesario poner en conocimiento del Congreso de la República, lo aquí expuesto para que en ejercicio de su función legislativa este otorgue un marco general para esta modalidad de pago de deuda tributaria ante los Gobiernos Locales. Ello en atención a los problemas que se presentan en la actualidad, algunos de los cuales, sin ánimo exhaustivo, se han mencionado.

22. Una regulación que establezca algunos parámetros generales a los programas de canje de deuda tributaria podría permitir un uso responsable de estas herramientas, de modo que tanto los ciudadanos como los gobiernos locales se vean beneficiados con el pago de deudas y la disposición de recursos para satisfacción del interés público, sin incurrir en el riesgo de desnaturalizar la finalidad perseguida y evitar, de esa forma, la vulneración de derechos fundamentales.

#### Análisis del caso concreto

23. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona”. El artículo 27 señala que “La ley otorga al trabajador adecuada protección



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

contra el despido arbitrario”.

24. El artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que “En 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”.
25. Por otra parte, el principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución. Este Tribunal ha precisado, en la sentencia recaída en el Expediente 01944-2002-AA/TC, 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” (fundamento 3).
26. En el presente caso, la demandante sostiene que ha laborado ininterrumpidamente para la Municipalidad de Alto Selva Alegre desde el 1 de octubre de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2013. Señala que en dicho periodo realizó labores de naturaleza permanente. Por su parte, la emplazada niega la existencia del vínculo laboral, por considerar que la demandante solamente participó del programa de recuperación de tributos “Trabajo por Deuda”, regulado por la Ordenanza Municipal 256-MDAS, tal como señala el Informe N° 281-2014-AP-SGAF/MDASA emitido por el área de personal de la entidad (fojas 95), añade que por dicha razón suscribió con la demandante dos convenios que no implicaban relación laboral alguna, sino que determinaban las obligaciones derivadas de su participación en dicho programa.
27. Al respecto debo indicar que resulta legítimo, por parte de los Gobiernos Locales, contar con este tipo de programas que permiten el canje de deuda por servicios. Sin embargo, y en la línea de lo aquí ya señalado, tampoco se puede permitir el uso de este tipo de convenios para encubrir una relación laboral a plazo indeterminado.
28. Por ende, y de la revisión de los convenios suscritos por las partes y presentados al proceso por la municipalidad, se puede concluir que nos encontramos ante una relación laboral. En efecto, el Convenio N° 472-2013/MDASA y el Convenio N° 098-2013/MDASA, los cuales en conjunto tienen la duración de un año desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2013, contemplan que la jornada de labores que la demandante debió cumplir es de 8 horas diarias, tal como establece también el artículo 19 de la Ordenanza Municipal N° 256-MDASA.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

29. Esta situación supone que la labor prestada a la municipalidad se realice, en cumplimiento de la jornada laboral máxima prevista por el artículo 25 de la Constitución. Lo que supone que la emplazada pretende que las personas que se acojan al programa de pago le otorguen, en principio, una dedicación exclusiva a la labor que realicen. Ello, en la práctica, puede convertir a la actividad brindada para el pago de la deuda en la única, o al menos la principal, fuente de ingresos de la persona, con lo cual su finalidad se ve desvirtuada, pues ya no estaría destinada al pago de la deuda tributaria, sino al sostenimiento del trabajador.
30. En ese mismo sentido, tanto los convenios como la ordenanza prevén que el 20% de la retribución por el trabajo será descontado para el pago de la deuda, dejando el 80% del monto restante para el trabajador. Ello implica ese 80% es entregado al demandante como contraprestación por la actividad que desarrolla a favor de la municipalidad, lo que en la práctica supone una remuneración.
31. De otro lado, obra a fojas 24 y 25 el contrato de locación de servicios suscrito entre la demandante y la municipalidad emplazada con la duración de un mes, del 2 al 31 de enero de 2012, a través del cual se contrató a la recurrente para realizar labores de limpieza, las mismas labores que realizó durante su participación del programa de "Deuda por Trabajo".
32. Asimismo, se cuenta con los cheques emitidos por la Municipalidad de Alto Selva Alegre a favor de la demandante, correspondientes a los meses de febrero a marzo, abril, agosto y de octubre a diciembre de 2012; y de febrero a setiembre y de diciembre de 2013 (fojas 5 a 23), los mismos que no han sido cuestionados por la emplazada, sino que señaló que se debieron a la retribución por participar del programa de pago de deuda. Sin embargo, algunos de los cheques son de periodos anteriores a la fecha de suscripción de los convenios del programa "Deuda por Trabajo". Por tanto, no puede acogerse lo alegado por la municipalidad.
33. En consecuencia, y en aplicación del artículo 4 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, ha quedado acreditado que el 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.
34. En mérito a lo expuesto, y a la aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que aquí entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral desde el 2 de enero de 2012. Por ello, para el cese del actor debió imputarse una causa relativa a su conducta o capacidad laboral que lo justifique, otorgándole los plazos y derechos a fin de que haga valer su defensa, lo cual no ha ocurrido en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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 de amparo al haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario. En consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante. Asimismo, se **ORDENA** a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre que reponga a doña Julia Melchora CapchaTucno como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel.
2. De otro lado, corresponde también **EXHORTAR** al Congreso de la República para que cumpla con regular el marco general del canje de deuda tributaria por servicios ante los Gobiernos Locales.

SS.

BLUME FORTINI  
MIRANDA CANALES  
RAMOS NÚÑEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, discrepo de los fundamentos 2 al 10 de la sentencia, por las consideraciones que paso a exponer:

1. En cuanto a los fundamentos 2 al 6, considero que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta que no es aplicable el precedente Elgo Ríos, recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC, por no existir una vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso, pues el amparo también puede proceder en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la demandante, características que tienen que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando 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 puntualmente del contenido de los fundamentos 7 a 10 de la sentencia, en cuanto cita la sentencia recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC, pues conforme a las consideraciones que desarrollé extensamente en el voto singular que emití en dicha oportunidad y al que me remito en su integridad, el proceso de amparo es la vía idónea para la tutela del derecho al trabajo frente al despido arbitrario de los trabajadores del sector público, aun cuando no hayan ingresado por concurso público. Esto, en aplicación del principio de primacía de la realidad.

S.

**BLUME FORTINI**

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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 005099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

### 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**, ya que al momento de interponer la demanda, la parte demandante contaba con una vía igualmente satisfactoria a la cual acudir. Asimismo, considero pertinente precisar que 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:

**El proceso laboral abreviado contemplado en la Ley 29497, es una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo, conforme al precedente emitido en el Expediente 02383-2013-PA/TC**

1. La parte recurrente interpone demanda de amparo con fecha 15 de enero de 2014, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo de obrera de limpieza pública de la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre. Manifiesta que laboró de forma ininterrumpida para la municipalidad demandada bajo subordinación, dependencia y cumpliendo estrictamente un horario.
2. Al respecto, en la Sentencia emitida en el expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, el Tribunal estableció, en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a 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.
3. En este caso, desde una perspectiva objetiva, aprecio que el proceso laboral abreviado de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión del demandante y darle tutela adecuada. Es decir, el proceso laboral se constituye en una vía célere y eficaz respecto del amparo, donde puede resolverse el caso de derecho fundamental propuesto por el demandante, de conformidad con el fundamento 27 de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC.
4. Por otro lado, atendiendo a una perspectiva subjetiva, en el caso de autos, considero que no se ha acreditado un riesgo de irreparabilidad del derecho en caso se transite la vía ordinaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 005099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

De igual manera, tampoco verifico la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho en cuestión o de la gravedad del daño que podría ocurrir; criterio que se encuentra conforme a los pronunciamientos reiterativos del Pleno del Tribunal Constitucional, en los que también, obreros municipales alegaron la vulneración del derecho al trabajo (sentencias emitidas en los Expedientes 01741-2013-PA/TC, 03269-2014-PA/TC, 01395-2013-PA/TC, 04381-2013-PA/TC, 04216-2014-PA/TC, 03770-2014-PA/TC).

5. Por lo expuesto, considero que en el caso concreto existe una vía igualmente satisfactoria que es el proceso laboral abreviado. En consecuencia, la demanda de amparo debe ser desestimada.
6. Ahora bien, atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, correspondería habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la precitada sentencia.

**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.
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 en reiterada jurisprudencia 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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 005099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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:

“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 Llamas 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.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 005099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 005099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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 dismantlarlo, se deben 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 005099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 005099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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 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;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 005099-2015-PA/TC  
AREQUIPA  
JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

- **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 dismantelar 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.

En consecuencia, ya que la parte recurrente contaba con una vía igualmente satisfactoria, al momento de interponer la presente demanda de amparo, conforme al precedente emitido en el Expediente 02383-2013-PA/TC, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de autos y ordenar habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda solicitar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

### 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<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).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (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 Reglamiento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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].

mp



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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

<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.º 05099-2015-PA/TC

AREQUIPA

JULIA MELCHORA CAPCHA TUCNO

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

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

#### Tutela constitucional ante los despidos nulos

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

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

S.

FERRERO COSTA

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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