



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

RAZÓN DE RELATORÍA

Se deja constancia que en la sesión del Pleno Administrativo y Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 14 de abril de 2020, se votó el Expediente 02102-2019-PA/TC, aprobándose por mayoría el proyecto de sentencia presentado por el magistrado ponente Espinosa-Saldaña Barrera, cuyo texto se procede a publicar, conjuntamente 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.

Conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 48 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, modificado por la Resolución Administrativa 056-2020-P/TC, publicada el 25 de abril de 2020 en el diario oficial El Peruano, el Pleno del Tribunal Constitucional, por acuerdo tomado el día de hoy, dispuso que se publiquen el texto de la ponencia y los votos mencionados supra, que serán suscritos por los magistrados en su oportunidad para su notificación.

Lima, 5 de mayo de 2020

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de abril de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan 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.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Alfredo Quilca Vila contra la resolución de fojas 89, de fecha 24 de abril de 2019, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cuzco, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de enero de 2019, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional del Cusco. Solicita que se deje sin efecto el despido sin imputación de causa del que fue objeto y que, en consecuencia, se lo reponga en el cargo de obrero almacenero de la Gerencia de Infraestructura – Sub Gerencia de Obras del Gobierno Regional de Cusco. Sostiene que laboró desde noviembre de 1997 a noviembre de 2018. Refiere que en los hechos se había configurado una relación laboral a plazo indeterminado, ello ya sea por la naturaleza de sus labores como por las boletas de pago que propone como medios probatorios. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo.

El Segundo Juzgado Mixto – Sede Wanchaq, con fecha 18 de enero de 2019, declaró improcedente la demanda, conforme al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Estimó que el proceso laboral abreviado se constituía en una vía igualmente satisfactoria al amparo para resolver la pretensión del demandante.

Con fecha 29 de marzo de 2019, la procuradora pública del gobierno regional del Cusco se apersona, y mediante escrito, de fecha 04 de abril de 2019, señala que el proceso laboral es igualmente satisfactorio para la protección del derecho laboral amenazado. Por ello, solicita que se confirme la improcedencia de la demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante resolución de fecha 4 de abril de 2019, confirma la demanda por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

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

Procedencia de la demanda

2. En la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC, publicada el 20 de julio de 2016 en el portal web institucional, este Tribunal precisó los alcances del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, señalando que este solamente será aplicable a los casos en los que la plaza en la que laboraba el demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública. Ello en mérito a que no tendría sentido exigir el empleo de criterios meritocráticos cuando no se requiere tomar en cuenta estas consideraciones frente a quienes no son parte de la carrera administrativa (cfr. fund. 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC).
3. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera administrativa (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).
4. Por estos motivos, este Tribunal precisó que, para que sean aplicables las reglas del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, es necesario que el caso en cuestión presente las siguientes características:
 - a. El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

- b. Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).
5. En el presente caso, la parte demandante reclama la desnaturalización de sus contratos de naturaleza civil, cumpliéndose así con el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta. Sin embargo, el pedido de la parte demandante es que se ordene su reposición en el puesto de obrero de almacén, esto es, en un cargo en el que claramente no hay progresión en la carrera (ascenso). Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.
6. En consecuencia, y al no ser aplicable el precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, este Tribunal se avocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si el actor fue objeto de un despido arbitrario.

Análisis del caso concreto

7. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona”; mientras que su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
8. Conforme a lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento de Organización y Funciones del Gobierno Regional de Lima, aprobado mediante Resolución Ejecutiva Regional 511-2005-PRES, el personal de dicha entidad pública se sujeta al régimen laboral de la actividad privada.
9. En el presente caso se debe determinar si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerado un contrato de trabajo, porque, de ser así, el demandante solo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 1944-2002-AA/TC, se estableció que mediante el referido principio “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (fundamento 3).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

10. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: **a)** control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; **b)** integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; **c)** prestación ejecutada dentro de un horario determinado; **d)** prestación de cierta duración y continuidad; **e)** suministro de herramientas y materiales del demandante para la prestación del servicio; **f)** pago de remuneración del demandante; y **g)** reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.
11. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que no puede ser reincorporado mediante un contrato a plazo indeterminado quien no ingresa por concurso público.
12. En el presente caso se observa que el demandante prestó servicios para el Gobierno Regional desde enero de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2018, según las copias fedateadas de las boletas de pago obrante en autos (ff. 17 a 35).
13. De los medios probatorios ofrecidos se acredita que, durante la prestación de sus servicios, al Gobierno Regional emplazado, el demandante realizó, como obrero, labores vinculadas a la construcción de redes viales, pagándosele una remuneración de manera mensual. Asimismo, con las copias fedateadas de las boletas de pago también quedan acreditadas las aportaciones para los sistemas de salud y pensiones, este último corroborado además con el estado de cuenta de su servicio privado de pensiones (ff. 6 a 13).
14. Por tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias, con las que se pretendía ocultar una relación laboral.
15. Habiéndose determinado que la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral debido a la existencia de prestación de servicios remunerados, subordinados y sujetas a un horario de trabajo, se concluye que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias que se pretenden dar con las relaciones civiles, por lo que la labor ejercida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

por el demandante tiene naturaleza laboral debido a la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.

16. Por ende, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, toda vez que la relación contractual que mantuvieron la parte demandante y la emplazada se ha desnaturalizado. En consecuencia, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido arbitrario, vulneratorio del derecho al trabajo del actor, reconocido en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú; por lo que la demanda debe estimarse.

Efectos de la sentencia

17. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, corresponde ordenar la reposición de la parte demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
18. De otro lado, y de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.
19. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, este Tribunal estima pertinente señalar que, cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto de cada una de dichas entidades, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.
20. En estos casos, la Administración pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7 del Código Procesal Constitucional dispone que "El procurador público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

21. Con la opinión del procurador público pueden evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión buscada es estimable según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional) o proseguir con el proceso.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho alegado; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del cual ha sido objeto el accionante.
2. **ORDENAR** al Gobierno Regional del Cusco que reponga a don José Alfredo Quilca Vila como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por mis colegas magistrados, si bien concuerdo con declarar fundada la demanda, considero necesario realizar las siguientes apreciaciones adicionales:

1. Con fecha 23 de enero de 2020 se publicó en el diario oficial “El Peruano” el Decreto de Urgencia 016-2020, *“Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los Recursos Humanos del sector Público”*. Cabe precisar que dicha norma fue emitida en un contexto excepcional dentro de nuestra institucionalidad pública, en razón a que:
a) el Congreso de la República ya no ejercía sus funciones regulares, al haber sido disuelto en aplicación del artículo 134 de la Constitución; y b) mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM, el presidente de la República convocó a nuevas elecciones congresales para el 26 de enero de 2020.
2. El artículo 1 del citado decreto de urgencia señala que el objeto de dicha norma es de *“establecer medidas en materia de los Recursos Humanos, a efectos de regular el ingreso de las servidoras y los servidores a las entidades del Sector Público; y, garantizar una correcta gestión y administración de la Planilla Única de Pago del Sector Público”*. Para tal efecto, establecen una serie de mecanismos, entre los que cabe destacar el previsto en el artículo 3.1, que señala lo siguiente:

3.1 Los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral en entidades del Sector Público comprendidas en el inciso 1 del numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1442¹, con independencia del régimen laboral al que se

¹ Cabe precisar que las entidades del sector público previstas en el citado inciso 1 del numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo 1442 son las siguientes:

1. Sector Público No Financiero:

a. Entidades Públicas: i. Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. ii. Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República y Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. iii. Universidades Públicas. iv. Gobiernos Regionales. v. Gobiernos Locales. vi. Organismos públicos de los niveles de gobierno regional y local.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

refiera la demanda, el motivo de la desvinculación del demandante o la forma en la que esta se haya realizado, deben observar, bajo responsabilidad, las siguientes reglas:

1. Sólo puede efectuarse en la entidad del Sector Público que fue parte demandada en el proceso judicial.
2. Sólo procede en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada.
3. Para el caso de reconocimiento de vínculo laboral dispuesto por sentencia judicial, el demandante debe ser incorporado al régimen laboral vigente que corresponda a la Entidad. El cambio de régimen laboral únicamente procede mediante un nuevo concurso público.

3. En otros términos, el citado artículo exige, ante una sentencia que ordena la reposición de un trabajador, entre otros aspectos, lo siguiente: a) que haya ingresado previamente por concurso público y exista una plaza presupuestada a tiempo indeterminado; b) se trate del mismo régimen laboral por el que la persona fue contratada; b) únicamente cabe cambio de régimen laboral por otro concurso público. Cabe precisar además que, conforme lo dispone la Cuarta Disposición Complementaria Final, lo dispuesto en el analizado artículo 3 *“es de aplicación inmediata para todos los procedimientos y procesos en trámite”*.
4. Sobre el particular, soy de la opinión que los criterios asumidos en el referido decreto de urgencia acogen lo señalado en el precedente Huatuco (Expediente 05057-2013-PA/TC). Sin embargo, desconoce el criterio asumido por el suscrito y por la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso “Cruz Llamas” (Expediente 06681-2013-PA/TC), por las siguientes razones:
 - a) De manera indistinta establece la exigencia previa del ingreso por concurso público y de una plaza presupuestada para los casos en los que el justiciable pretenda ser repuesto, sin precisar si la citada plaza corresponde a una de carrera

b. Empresas Públicas No Financieras: i. Empresas Públicas No Financieras del Gobierno Nacional, de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales, fuera del ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE). ii. Empresas Públicas No Financieras bajo el ámbito del FONAFE.

c. Otras formas organizativas no financieras que administren recursos públicos, tales como: i. Caja de Pensiones Militar Policial. ii. Seguro Social de Salud (EsSALUD). iii. Administradores de Fondos Públicos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

administrativa o no, lo que es fundamental. Y es que, como lo dijo la mayoría de este Tribunal Constitucional en el referido caso Cruz Llamas:

11. Señalado esto, es claro que el "precedente Huatuco" solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N.º 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).

Cabe recordar que no todos los trabajadores del sector público forman parte de la carrera administrativa. Por ende, no se le pueden imponer las mismas exigencias a todos, ya que ello implica desconocer diferencias sustanciales, lo que afecta el principio-derecho de igualdad.

- b) Se desnaturaliza asimismo el principio de *primacía de la realidad*, en tanto se señala que la reposición solo procederá en el mismo régimen en el que se desempeñaba el justiciable antes de su despido y que, para el cambio de régimen, solo se dará a través de otro concurso público. Por ello, aunque materialmente los trabajadores de un régimen con menos derechos laborales (carácter temporal) o contratados mediante regulación civil (locación de servicios) realicen las mismas actividades que un trabajador bajo el régimen laboral de la actividad privada e inscrito en planilla, las diferencias se mantendrán en el cese y, con esta norma, aun con una posterior reposición (ya que esta se dará en el mismo régimen que tenía el trabajador), lo que también vulnera el principio-derecho de igualdad.
5. Estas son impresiones iniciales que, por cierto, también han sido compartidas por los magistrados de la Octava Sala Laboral Permanente en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, que en su sentencia de fecha 3 de marzo de 2020 (Expediente 00653-2019-0-1801-JR-LA-84) inaplicaron vía control difuso el citado Decreto de Urgencia 16-2020.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

6. Por tanto, soy de la opinión que en el presente caso la ponencia tuvo que precisar la aplicación del citado Decreto de Urgencia 16-2020 (que se encuentra vigente desde el 23 de enero de 2020) en la parte resolutive, en la medida que establece restricciones para la reposición de la recurrente ordenada. En todo caso, mi posición es porque se **INAPLIQUE** este decreto de urgencia al amparo del artículo 138 de la Constitución, en tanto contraviene el criterio establecido por la mayoría de este Tribunal Constitucional en el Expediente 06681-2013-PA/TC y vulnera el principio-derecho de igualdad, además de desnaturalizar el principio de primacía de la realidad.

S.

MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

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 y a la adecuada protección **contra el** despido arbitrario, discrepo de los fundamentos 2 al 6 de la sentencia en cuanto se 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de mayoría, en el presente caso **considero** que la demanda de amparo debe declararse **IMPROCEDENTE**, dado que no es posible la reposición laboral cuando no se ingresa a trabajar al Estado mediante un concurso público de méritos.

En el presente caso, el actor no ha demostrado haber ingresado por concurso público de méritos como obrero. Si bien se ha acreditado la naturaleza laboral de la actividad prestada por el demandante; no obstante, debe tenerse en cuenta lo expuesto en el precedente Huatuco (que tiene como fundamento el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público), que exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el respectivo demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y, en el caso de autos, conforme se desprende de la demanda y sus recaudos, el actor no ingresó mediante dicho tipo de concurso.

Conforme al precedente Huatuco, la Constitución ha incorporado el principio meritocrático para vincularse al Estado. Los obreros municipales no están exentos de ese requisito, por más que se argumente que no pertenecen a una carrera administrativa o que son un universo de trabajadores estatales que tienen características propias. En realidad, estos últimos argumentos no son incompatibles con la exigencia de un concurso público de méritos. Si bien los obreros municipales deben ser elegidos de manera distinta a como se eligen los servidores profesionales o técnicos, dado que, a diferencia de éstos, los obreros municipales hacen en principio trabajos manuales y básicos; sin embargo, ello no implica eliminar de plano todo tipo de selección objetiva, como ha pretendido la STC Expediente 06681-2013-PA/TC (caso Cruz Llamas), en relación con los trabajadores públicos del régimen laboral de la actividad privada (entre ellos, los obreros).

El concurso público de méritos cumple un rol fundamental en la Administración Pública a favor de la igualdad de oportunidades, en la calidad de los servicios públicos y en la lucha contra la corrupción. Por ello, los obreros deben aprobar un proceso de selección de personal en función a los servicios que prestan. En lugar de hacer inexistente el concurso público en el ámbito de los obreros, lo razonable debería ser graduar y adecuar el nivel de dificultad de los requisitos para ser elegible como obrero, puesto que, aunque sean obreros y la naturaleza de su actividad sea manual, ello no supone que no atendamos a ningún criterio objetivo de selección “mínimo” y que estemos a merced de la simple voluntad de los empleadores al momento de contratarlos, mera voluntad que afectaría la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

igualdad entre los obreros en el acceso a los cargos públicos y debilitaría la exigencia de la meritocracia que el servicio público requiere. Por ello, en vista que la recurrente no superó un concurso público de méritos, estimo que la pretensión de la parte actora debe ser declarada improcedente.

De otro lado, y atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con posterioridad a la publicación del precedente Huatuco en el diario oficial *El Peruano*, 5 de junio de 2015, no corresponde remitir el expediente al juzgado de origen para que proceda a reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral, conforme se dispone en el fundamento 22 del precedente, para que la demandante reclame la indemnización que corresponda.

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

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

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 legislativo².

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 justa³.

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 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.

³ Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

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).
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].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

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].

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 ⁴.

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:

⁴ 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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la 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 urgente⁵.

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

⁵ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02102-2019-PA/TC
CUSCO
JOSÉ ALFREDO QUILCA VILA

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 casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

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. En él señalé que, en mi opinión, los criterios allí detallados generan un amplio margen de discrecionalidad, en perjuicio de la predictibilidad que requiere el estado de derecho.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA