



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de agosto de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo de fecha 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 don Rafael Edmundo Legua Cárdenas contra la sentencia de fojas 737, de fecha 22 de agosto de 2014, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 21 de agosto de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco de la Nación solicitando que se declare nula y sin efecto legal la carta EF/92.2000 N.º 178-2012, de fecha 25 de mayo de 2012, mediante la cual se resuelve dar término a su vínculo laboral argumenta el retiro de confianza. En consecuencia, se ordene su reposición con la categoría de profesional II, cargo de abogado de la División de Asuntos Laborales, con el reintegro de las remuneraciones dejadas de percibir, el pago de los intereses legales y el abono de los costos y costas del proceso. Manifiesta haber ingresado a laborar para la entidad emplazada en el cargo de analista el 15 de agosto de 2008, mediante un contrato de trabajo a plazo determinado, el cual cambió a la condición de plazo indeterminado a partir del 4 de diciembre de 2008; y que, posteriormente, fue desplazado con fecha 24 de enero de 2011 a la División de Asuntos Laborales, cambiando del cargo de analista al de abogado.

Refiere que al momento de su irregular cese, ocurrido el 8 de junio de 2012, el cargo de abogado que venía ocupando no tenía la condición de confianza, como erróneamente lo califica su empleador en la carta de cese, pues tenía la condición de trabajador permanente dentro del régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Supremo 003-97-TR. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y a la estabilidad en el empleo.

El apoderado de la entidad emplazada propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, y contesta la demanda manifestando que el accionante ingresó a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

laborar sin mediar concurso público alguno al cargo de confianza de analista del Departamento de Personal, calificación que no puede ser enervada por la Resolución de Gerencia General EF/92.2000 N.º 025-2010, de fecha 10 de junio de 2010, —que aprueba el cuadro de cargos de dirección y de confianza, entre los cuales no se encuentra el cargo de analista—, pues esta no se encontraba vigente al momento en que se le otorgó al demandante el referido cargo de confianza. Asimismo, señala que el recurrente conocía desde el inicio de sus labores que tenía la calidad de personal de confianza, precisa que, por la naturaleza de las funciones que realizaba, ejercía un cargo de dirección y, por ende, de confianza, dado que ejercía la representación del Banco de la Nación en los procesos judiciales que tenía a cargo la División de Asuntos Laborales del Departamento de Personal.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 23 de abril de 2013, declaró infundada la excepción propuesta (fojas 466) y, con fecha 5 de noviembre de 2013, declaró infundada la demanda, por considerar que el accionante, con fecha 15 de agosto de 2008, fue contratado para desempeñar un cargo de confianza, y que su designación en el cargo de abogado se originó por una acción de desplazamiento y no por una nueva contratación, por lo que no le resulta aplicable la Resolución de Gerencia General EF/92.2000 N.º 025-2010, de fecha 10 de junio de 2010, la cual no contemplaba el referido cargo de abogado como de confianza (fojas 580).

La Sala superior competente confirma la apelada por estimar que el demandante, desde un inicio de la relación laboral, conocía que el cargo de analista para el que fue contratado estaba calificado como cargo de confianza, por lo que el término de su relación laboral no ha vulnerado derecho constitucional alguno.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición del demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido incausado.

### Sobre el precedente Elgo Ríos Núñez

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:

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

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

3. De acuerdo a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de fecha 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (21 de agosto de 2012), aún no había entrado en vigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima. Por lo que, de acuerdo a la línea jurisprudencial de este Tribunal, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado.

#### Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona". Mientras que el artículo 27 de la Carta Magna señala que: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".
5. El segundo párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente: "No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta".
6. De acuerdo con lo previsto en el artículo 43 del Decreto Supremo 003-97-TR, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Por otro lado, el trabajador de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con su empleador funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

7. Este Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente 03501-2006-PA/TC, ha considerado que los trabajadores que asumen un cargo de dirección o de confianza están supeditados a la confiabilidad del empleador en sus funciones. En ese caso, el retiro de la misma puede ser invocado por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.
8. Asimismo, ha establecido que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o realiza labores que impliquen tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en el empleo; precisando que si el trabajador realizó inicialmente labores comunes y posteriormente es promocionado para desempeñar los cargos de confianza, luego, al retirársele la confianza depositada, debe retornar a realizar las labores comunes anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su despido de la institución.
9. También es pertinente resaltar que en la sentencia emitida en el expediente 00575-2011-PA/TC se ha señalado que un cargo debe ser calificado como de confianza por las responsabilidades, obligaciones y relación que mantiene el trabajador con su empleador. En ese sentido, la realidad de los hechos y la naturaleza de las labores son las que determinan si un cargo es o no de confianza o de dirección. Por tanto, a fin de determinar si el recurrente era un trabajador de confianza, se deberá analizar el presente caso en función de lo dispuesto en las referidas sentencias.
10. En el presente caso, el demandante manifiesta haber laborado desde el 15 de agosto de 2008 al 8 de junio de 2012, desempeñando el cargo de analista en la División de Administración de Pensiones del Departamento de Personal y, posteriormente, el de abogado en la División de Asuntos Laborales. Respecto a los mencionados cargos, se debe determinar si los mismos configuran puestos de confianza en el Banco de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

Nación para determinar si correspondía que el demandante sea considerado como un trabajador de confianza y, por ende, ser cesado al retirarle la confianza.

11. A fojas 526 se aprecia que el demandante ingresó en el cargo de analista el 15 de agosto de 2008 para, posteriormente, ser designado por un periodo como abogado de la División de Asuntos Laborales, según consta a fojas 7. Los referidos cargos, en virtud a la Resolución de Gerencia General EF/92.2000 N.º 055-2005, de fecha 21 de junio de 2005, eran considerados como cargo de confianza (fojas 278).

12. Mediante Resolución de Gerencia General EF/92.2000 N.º 025-2010, de fecha 10 de junio de 2010, se deja sin efecto la resolución anteriormente mencionada, dejando de considerarse muchos cargos como de confianza, entre ellos, el cargo de analista y de abogado. Paralelamente, en virtud del documento "ACCION DE DESPLAZAMIENTO DE PERSONAL" EF/92.2000 N.º 695-2011-RH, de fecha 24 de enero de 2011 (fojas 8), se dispone el cambio del cargo del demandante, pasando de analista a abogado, hasta la fecha de su cese.

13. Ante ello, es necesario manifestar que este Tribunal ha señalado en jurisprudencia reiterada que los cargos de confianza no están determinados por el arbitrio del empleador, sino que por el contrario responden a las actividades que el trabajador de confianza realice como prestación de sus servicios.

14. En este sentido, a fojas 278 obra el Anexo 2 de la Resolución de Gerencia General EF/92.2000 N.º 055-2005, que señala como función asociativa para que el cargo de analista sea considerado como de confianza:

"Manejar información de carácter reservado, con respecto a los pensionistas de la ley 20530, cálculos, tablas de equivalencia, calificación, etc."

Como se puede apreciar, el demandante realizaba funciones como "analista" que no son propias de un trabajador de confianza.

15. En relación, al segundo puesto que ocupó el actor, en el cual busca ser reincorporado, cabe señalar que la Resolución de Gerencia General EF/92.2000 N.º 002-2012, de fecha 9 de enero de 2012, establece que el cargo de "abogado laboral" de la División de Asuntos Laborales del Departamento de Personal tiene como principales funciones específicas (fojas 130 y 131) las siguientes:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

- a. Elaborar y proyectar la absolución de las consultas en asuntos jurídicos laborales.
- b. Evaluar, analizar y proyectar la conformidad de proyectos de normas, directivas y dispositivos legales referidos a asuntos laborales.
- c. Representar al Banco por delegación en procesos judiciales e inspectivos de índole laboral y previsional.
- d. Coordinar la atención de los pedidos efectuados por el Poder Judicial, respecto a información de los trabajadores y pensionistas.
- e. Informar mensualmente a la jefatura sobre los procesos judiciales y/o inspectivos en curso, concluidos y resueltos.
- f. Analizar las faltas disciplinarias cometidas por el trabajador que le sean solicitadas y proyectar las sanciones administrativas que dieran lugar.
- g. Coordinar y supervisar la gestión de las asesorías y estudios externos contratados en provincias, respecto a la representación judicial y administrativa en materia laboral que le sea asignada.
- h. Evaluar, analizar y proyectar la conformidad de documentos referidos a actos administrativos en asuntos laborales legales.
- i. Apoyar en asesorías que le sean solicitadas por la jefatura en aspectos jurídicos relacionados con las actividades del programa.
- j. Proyectar propuestas para la absolución de consultas en materia jurídica que le sean requeridas por la jefatura y/o la supervisión.
- k. Realizar las acciones procesales pertinentes en los expedientes a su cargo, siendo responsables de la presentación y entrega oportuna de los escritos y/o documentos ante los órganos jurisdiccionales y/o administrativos respectivos bajo responsabilidad administrativa que hubiera a lugar.
- l. Proyectar resoluciones u otras normas que sean requeridas por la jefatura y/o la supervisión.
- m. Emitir proyectos de informes legales requeridos por la jefatura y/o la supervisión.
- n. Verificar e informar el cumplimiento de las disposiciones establecidas por la normatividad vigente, en la elaboración de contratos, convenios, cláusulas adicionales, bases de procesos de selección y otros documentos celebrados por la entidad.
- o. Participar en comisiones y/o reuniones sobre asuntos de la especialidad que disponga la jefatura y/o supervisión.
- p. Formular informes con recomendaciones referidas a la gestión de los expedientes judiciales e inspectivos asignados.
- q. Analizar normas técnicas y proponer mejoras de procedimientos.

Asimismo, en el referido documento consta que el abogado laboral reporta al jefe



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

de División de Asuntos Laborales y que no tiene personal bajo su supervisión.

16. Las funciones detalladas en el fundamento 12 *supra*, se desprende que, por las labores realizadas por el accionante, el cargo de abogado laboral que desempeñó no puede ser calificado como de confianza, pues la naturaleza de sus labores han sido básicamente las de asesoramiento como abogado en el área laboral, así como la representación de la entidad emplazada en el ámbito judicial e inspectivo laboral, no evidenciándose un grado de responsabilidad que implique la calificación de dicho cargo como confianza, debido a que no tenía acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales ni a información de carácter reservado; tampoco se advierte que sus opiniones o informes estuvieran dirigidos a contribuir a la formación de las decisiones de su empleador, resaltando que incluso el recurrente no participaba en el diseño, propuesta o aprobación de los lineamientos de política, objetivos estratégicos, planes, programas o proyectos de su unidad orgánica; y tampoco tenía personal a su cargo.
17. Habiéndose determinado que al momento de su despido el actor no era un trabajador de confianza, la entidad demandada no podía dar por concluida la relación laboral argumentando que este desempeñaba un cargo de confianza, pues mantenía una relación laboral de duración indeterminada, por lo que el demandante solamente podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, razón por la cual ha sido objeto de un despido arbitrario.
18. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso se ha configurado un despido incausado, violatorio de los derechos constitucionales al trabajo y a la protección adecuada contra el despido adecuado del demandante, reconocidos en los artículos 22 y 27 de la Constitución.

#### Efectos de la sentencia

19. En la medida que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo y a la protección adecuada contra el despido, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

20. Con relación a las remuneraciones dejadas de percibir, este Tribunal Constitucional ha establecido que dicha pretensión al no tener naturaleza restitutoria debe declararse improcedente.
21. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia, y denegarse el pago de costas pues el Estado se encuentra exonerado de ellas.
22. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, el 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, 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.

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”.

Con la opinión del procurador público, puede evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional es estimable) 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** en parte la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario; en consecuencia, **NULO** el despido del demandante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

2. **ORDENAR** que el Banco de la Nación reponga a don Rafael Edmundo Legua Cárdenas como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar 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.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda en que se solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, así como el pago de costas.

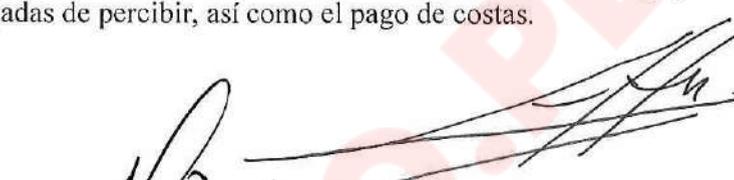
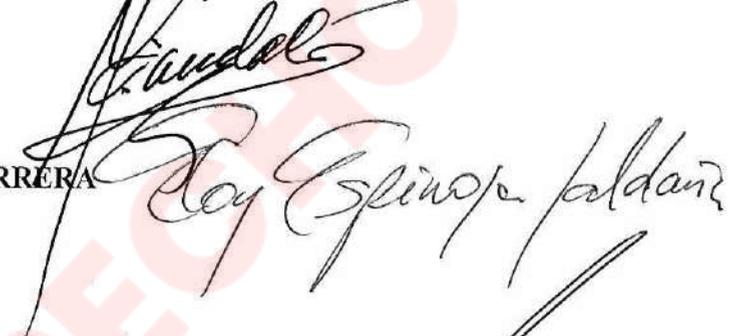
Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI  
MIRANDA CANALES  
RAMOS NÚÑEZ  
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

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




**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI  
POR CONSIDERAR QUE EL AMPARO ES LA VÍA IDÓNEA, TENIENDO EN  
CUENTA EL TIEMPO QUE VIENE LITIGANDO EL DEMANDANTE**

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto de sus fundamentos 2 y 3 en los que, a los efectos de determinar si existe en el caso una vía igualmente satisfactoria, en aplicación de los criterios establecidos en el precedente contenido en la STC 02383-2013-PA/TC, conocido como precedente Elgo Ríos, se señala expresamente en el fundamento 3 lo siguiente:

*“De acuerdo con la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ, de 3 de setiembre de 2015, a la fecha de interposición de la presente demanda (21 de agosto de 2012), aún no había entrado en vigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima. Por lo que, de acuerdo a la línea jurisprudencial de este Tribunal, corresponde evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido incausado”.*

Es decir, antes de resolver el fondo de la controversia, en tales fundamentos se realiza un análisis previo relativo a verificar si a la fecha de interposición de la demanda de amparo en el caso sub *litis*, se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en el Distrito Judicial de Lima; y, como quiera que a esa fecha aún no se encontraba vigente tal ley en el referido distrito judicial, se concluye que el accionante no contaba con una vía igualmente satisfactoria, siendo procedente el amparo. De lo contrario, esto es, de haber estado en rigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de la presentación de la demanda, se infiere que esta hubiera sido declarada improcedente por existir una vía igualmente satisfactoria: la del proceso laboral abreviado.

A este respecto, discrepo rotundamente con que se haya efectuado el referido análisis previo. A mi juicio, carece de objeto que este se haya realizado por las consideraciones que detallo a continuación:

1. El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC  
LIMA  
RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CÁRDENAS

pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.

3. En el presente caso, el recurrente interpuso su demanda el 21 de agosto de 2012. Esto es, hace más de 6 años, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 20 de octubre de 2014 (hace cuatro años), por lo que bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Lima, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.  
**BLUME FORTINI**

**Lo que certifico:**

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC

LIMA

RAFAEL

EDMUNDO

LEGUA

CARDENAS



## 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 04805-2014-PA/TC

LIMA

RAFAEL

EDMUNDO

LEGUA

CARDENAS

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 04805-2014-PA/TC

LIMA

RAFAEL EDMUNDO LEGUA CÁRDENAS

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

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

1. En principio, no coincido con la forma de interpretación aislada de las disposiciones constitucionales. Conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el principio de unidad de la Constitución establece que “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (Exp. 05854-2005-PA/TC FJ 12).
2. Si bien el artículo 40 de la Constitución establece que “(...) No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado (...)”, de ningún modo debe interpretarse aisladamente, como si no existieran otras disposiciones constitucionales que puedan coadyuvar en la respectiva interpretación final de dicho extremo. Asumir una interpretación aislada nos podría indicar que las empresas del Estado, son empresas, cien por ciento idénticas a las empresas privadas, y esa interpretación y desnaturaliza el mandato normativo de la Constitución. Si esa fuera la interpretación entonces la Contraloría General de la República no podría controlarlas, el Sistema Nacional de Presupuesto no podría limitarlas o el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad del Estado (FONAFE) no podría normar o dirigir dicha actividad empresarial. Las empresas del Estado, por ser del Estado están al servicio de la Nación y no de intereses privados. ¿Tienen límites? Claro que los tienen. No son, ni deben ser, un sector privilegiado respecto de las obligaciones, exigencias y control del Estado.
3. Así por ejemplo, el artículo 39 de la Constitución establece que “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...)”. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución dispone que “Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Esta norma constitucional ha sido recogida a nivel legal por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, conforme al cual

La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC

LIMA

RAFAEL EDMUNDO LEGUA CÁRDENAS

manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada. Las Empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil.

Además, dicho decreto legislativo señala, en su artículo 4, que las empresas del Estado pueden ser de accionariado único, con accionariado privado y con Potestades Públicas.

4. Ahora bien, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley 27785, que regula el control gubernamental para prevenir y verificar la "... correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación", en su artículo 3 dispone que sus normas son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen, encontrándose entre ellas las empresas pertenecientes a los gobiernos locales y regionales e instituciones (literal b) y las Empresas del estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos u bienes materia de dicha participación" (literal f).
5. A ello debe agregarse que las empresas del Estado también se encuentran comprendidas dentro de la normativa que regula el presupuesto público. En efecto, el artículo 2, numerales 2, 5 y 6, del TUO de la Ley 28411 - Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, señala que su ámbito de aplicación comprende a todas las entidades públicas, entre ellas las Empresas de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, así como las empresas del FONAFE y otras entidades no públicas no mencionadas en los numerales precedentes; además, en su artículo 5 establece que "Constituye Entidad Pública ...todo organismo con personería jurídica comprendidos en los niveles de Gobierno Regional y Gobierno Local, incluidos sus respectivos Organismos Públicos Descentralizados y empresas en las que el Estado ejerza el control accionario...".

Más aun, las Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30518 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2017, señaló que entidades públicas como las empresas y entidades bajo el ámbito del FONAFE, PETROPERU S.A., las empresas de los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales deben aprobar disposiciones de austeridad, disciplina y calidad en el gasto público y de ingreso de personal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC

LIMA

RAFAEL EDMUNDO LEGUA CÁRDENAS

6. Lo expuesto en los fundamentos precedentes me llevan a considerar que dada la naturaleza de las empresas del Estado, las que incluso han sido tratadas como entidades públicas por diversa normas, las personas que prestan servicios en ellas son trabajadores públicos, aun cuando no hagan carrera administrativa, conclusión que encuentra respaldo incluso en el artículo 1 de la Convención Americana Contra la Corrupción, conforme al cual tiene dicha condición “(...) cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos (...)”.
7. Ello, sin duda exige que el acceso a puestos de trabajo con vínculo laboral indeterminado en las empresas del Estado debe efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos a través de concurso público abierto, a fin de garantizar el ingreso de colaboradores idóneos y capacitados que no sólo coadyuven de manera efectiva, eficiente y con calidad en el desarrollo de las actividades propias de esas empresas, que por mandato constitucional fueron creadas por razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, sino que también garanticen la cautela de los esos intereses, tanto más cuanto para la realización de actividades empresariales el Estado destina fondos del erario público.
8. En el presente caso el demandante alega haber sido víctima de un despido arbitrario por parte del Banco de la Nación; y, solicita que se deje sin efecto el mismo y que se ordene su reposición en el cargo de profesional II, cargo de abogado de la División de Asuntos Laborales. Empero, si bien es cierto que el demandante no ejercía funciones de confianza, no consta de autos que el recurrente hubiese ingresado a laborar por concurso público de méritos. Por lo tanto, a mi consideración no cabe disponerse su inmediata reincorporación, sino que debe reconducirse los autos a la vía ordinaria laboral para que el recurrente solicite la indemnización que le corresponda.

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

S.

LEDESMA NARVÁEZ

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC

LIMA

RAFAEL EDMUNDO

LEGUA

CARDENAS



### 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 Reglamento. 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 04805-2014-PA/TC

LIMA

RAFAEL EDMUNDO LEGUA  
CARDENAS



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].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC

LIMA

RAFAEL EDMUNDO LEGUA

CARDENAS



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. [...].**

<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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04805-2014-PA/TC

LIMA

RAFAEL EDMUNDO

LEGUA

CARDENAS



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

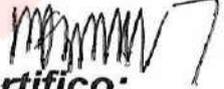
Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto,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

#### Tutela constitucional ante los despidos nulos

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