



## Pleno. Sentencia 180/2021

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

### RAZON DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de enero de 2021, se reunieron los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, a efectos de pronunciarse sobre la demanda que dio origen al Expediente 01821-2017-PA/TC.

La votación arrojó el siguiente resultado:

- Los magistrados Blume Fortini (ponente), Ramos Núñez (con fundamento de voto) y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto) votaron fundada la demanda de amparo.
- Los magistrados Ledesma Narváez y Miranda Canales emitieron votos singulares por declarar improcedente la demanda con remisión al juzgado de origen.
- Los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares por declarar improcedente la demanda de amparo.

Estando a la votación mencionada y a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual establece, entre otros aspectos, que el Tribunal Constitucional, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos, corresponde declarar **FUNDADA** la demanda de amparo de autos.

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

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator

SS.

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



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 14 días del mes de enero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno administrativo del día 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada.

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, no estamos de acuerdo con la decisión tomada en mayoría por las siguientes razones:

### **ASUNTO**

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rogelio Anazco Arapa contra la resolución de fojas 846, de fecha 14 de marzo de 2017, expedida por la Sala Civil de la Provincia de San Román, Juliaca, de la Corte Superior de Justicia de Puno, que declaró improcedente la demanda de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 21 de octubre de 2013, u subsanación de fecha 10 de diciembre de 2013, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo que venía desempeñando antes de su despido. Refiere que laboró para EsSalud como operador de soporte informático desde el 25 de noviembre de 2008 hasta el 24 de julio de 2013, a través de las empresas de intermediación laboral Servicios Integrados de Limpieza SA (SILSA) y Elite Corporation SRL, precisando que desde el 1 de abril hasta el 24 de julio de 2013 laboró sin firmar contrato alguno. Manifiesta que con las empresas de intermediación laboral suscribió contratos modales para trabajar, en principio, como operador telefónico y, luego, como digitador en la entidad demandada; sin embargo, en los hechos realizó labores de operador de soporte informático, que constituyen actividad permanente y principal de la demandada; por lo que se ha producido una desnaturalización de los contratos de intermediación laboral, debiendo ser considerado trabajador a plazo indeterminado. Alega que, al haber sido despedido arbitrariamente, se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

El apoderado de EsSalud contesta la demanda manifestando que el demandante no mantuvo relación laboral con su representada, sino, más bien, con las empresas intermediarias SILSA y Elite Corporation SRL. Esta última empresa, mediante Carta 083-ELITE.CUSCO.2013, le comunica su despido por incumplimiento de la firma del contrato de trabajo. Agrega que el hecho de que el demandante haya suscrito un contrato de trabajo por necesidad de mercado con la empresa Elite Corporation SRL, y haya sido destacado a la Red Asistencial Juliaca EsSalud, conforme a las normas de intermediación laboral de la Ley 27626, no significa que haya obtenido protección constitucional alguna para permanecer de manera indefinida en su lugar de trabajo.

El Segundo Juzgado Civil de Juliaca, con fecha 30 de junio de 2016, declaró fundada la demanda por considerar que con los documentos obrantes en autos se deduce que el demandante ha desarrollado labores de operador de soporte informático, puesto que figura como cargo estructural de la División de Soporte Informático de la entidad demandada, conforme se verifica en el CAP, y cuyas funciones se encuentran en el MOF, de modo tal que los contratos de intermediación laboral se desnaturalizaron y, por tanto, debe considerarse que el actor estuvo sujeto a una relación laboral a plazo indeterminado, por lo que solamente debía ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad.

La Sala Superior competente revocó la apelada y declaró improcedente la demanda por estimar que, si bien en el presente caso se advierte la desnaturalización de los contratos laborales, debe tenerse en cuenta que el precedente establecido en Expediente 05057-2013-PA/TC exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el demandante ingresó por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, situación que, en el presente caso, no se había cumplido, disponiendo que el proceso sea ser reconducido a la vía ordinaria laboral.

## **FUNDAMENTOS**

### **Delimitación del petitorio**

1. El demandante pretende que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo que venía desempeñando antes de su cese. Alega que, al haber sido despedido arbitrariamente, se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

### **Análisis del caso en concreto**

#### ***Argumentos de la parte demandante***

2. El demandante sostiene que con las empresas de intermediación laboral suscribió contratos modales para trabajar, en principio, como operador telefónico y, luego, como digitador en la entidad demandada; sin embargo, en los hechos realizó labores de operador de soporte informático, que constituyen actividad permanente y principal de la entidad demandada; por lo que se ha producido una desnaturalización de los contratos de intermediación laboral, debiendo ser considerado trabajador a plazo indeterminado de la demandada.

#### ***Argumentos de la parte demandada***

3. La parte demandada alega que el accionante no mantuvo relación laboral con su representada, sino, más bien, con las empresas intermediarias SILSA y Elite Corporation SRL; y el hecho de que el demandante haya suscrito un contrato de trabajo por necesidad de mercado con la empresa Elite Corporation SRL, y haya sido destacado a la Red Asistencial Juliaca EsSalud, conforme a las normas de intermediación laboral de la Ley 27626, no significa que haya obtenido protección constitucional alguna para permanecer de manera indefinida en su lugar de trabajo.

### **Consideraciones del Tribunal Constitucional**

4. La Ley 27626 tiene como propósito regular la intermediación laboral no solo respecto a la actividad de las empresas y entidades que podrán intervenir en ella, sino también, en forma clara e integral, los derechos de los trabajadores involucrados, así como sus limitaciones.
5. La intermediación laboral es una figura que tiene como finalidad exclusiva la prestación de servicios por parte una tercera persona destacada para que preste servicios temporales, complementarios o de alta especialización en otra empresa llamada usuaria; para tal efecto, la entidad intermediadora y la empresa usuaria suscriben un contrato de naturaleza civil denominado locación de servicios; sin embargo, dicho destaque no implica un vínculo laboral entre dicha persona y la empresa usuaria.
6. Como puede observarse, en la intermediación laboral se establece una relación jurídica en la que participan tres sujetos de derecho: una empresa usuaria, una empresa intermediaria y un trabajador destacado, determinándose una limitación de contratación a que se refiere el párrafo segundo del artículo 3 de la Ley 27626, que a la letra dice:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

**Artículo 3.- Supuestos de procedencia de la intermediación laboral**

La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.

El artículo 5 dispone las infracciones de los supuestos de intermediación laboral:

**Artículo 5.- De la infracción de los supuestos de intermediación laboral**

La infracción a los supuestos de intermediación laboral que se establecen en la presente Ley, debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria.

7. En consecuencia, toda trasgresión a los supuestos de intermediación laboral determina la existencia de una relación laboral entre los trabajadores destacados y la empresa usuaria. Por ende, y de conformidad con el artículo 3 de la Ley 27626, se juzgará la existencia de relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado en aquellos casos en que se haya pactado la intermediación de servicios que no se caracterice por ser temporal, complementaria o de alta especialización, y, por el contrario, corresponda a un servicio que implique una actividad principal y permanente de la empresa usuaria.
8. En el presente caso, del contrato de trabajo ocasional obrante a fojas 3 y 4 se verifica que el demandante fue contratado por la empresa Servicios Integrados de Limpieza SA (SILSA), para prestar servicios como *operador telefónico* en la entidad usuaria EsSalud, desde 25 de noviembre de 2008 hasta 28 de febrero de 2009. Además, según indica el demandante y conforme se observa en el Acta de Infracción obrante de fojas 173 a 178, laboró a través de dicha empresa hasta el 31 de enero de 2012. Asimismo, del contrato de trabajo sujeto a modalidad por necesidad de mercado y sus prórrogas, obrantes de fojas 5 a 11, se desprende que el demandante fue contratado por la empresa Elite Corporation SRL, para prestar servicios como *digitador* en la entidad usuaria EsSalud desde 1 de febrero de 2012 hasta 31 de enero de 2013. Asimismo, según indica el demandante y conforme se observa en el Acta de Infracción obrante de fojas 173 a 178, trabajó a través de esta empresa hasta el 25 de julio de 2013, fecha en que se dio por concluida su relación laboral.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

9. Así las cosas, de los informes obrantes de fojas 24 a 28 y de 71 a 117, memorándums obrantes a fojas 29, 40 y 43 y de las cartas obrantes a fojas 41, 42, 61, 66, 67, 117 y 119 se colige que el actor ha prestado servicios como *operador de de soporte informático* en la Red Asistencia Juliaca, Hospital III. Al respecto, según se observa en el documento denominado Cuadro para Asignación de Personal (CAP) 2011 (fojas 13) y en el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la Red Asistencia Juliaca y Hospital Base III (fojas 14 a 20), el puesto de operador de soporte informático es un cargo que se encuentra comprendido dentro de la estructura orgánica de la entidad emplazada, dependiente de la División de Soporte Técnico. Por tanto, se infiere que dicho cargo es de naturaleza permanente, por lo que no podía ser encargado a una empresa de intermediación de actividades complementarias.
10. Asimismo, de acuerdo con los informes citados *supra*, se aprecia que el actor realizaba, entre otras labores, de mantenimiento preventivo y correctivo en hardware y software de los servidores y equipos informáticos del Sistema de Gestión Hospitalaria (SGH); evaluación y diagnóstico de los aplicativos instalados para el correcto funcionamiento del SGH; respaldo o *backup* de la data y aplicativos del servidor de producción del SGH; configuración de la impresión del SGH en los ambientes de la institución; instalación y actualización del antivirus en todos los equipos del cómputo; creación de usuarios para el personal que trabaja en el SGH; etc., labores que constituyen actividades propias y permanentes dentro de la estructura organizacional de la emplazada, conforme se verifica en el MOF para el cargo de técnico de servicio administrativo y operador de soporte informático.
11. A mayor abundamiento, del Acta de Actuaciones Inspectivas de Investigación, Constancia de Diligencia (Hechos Comprobados), obrante a fojas 167 y 168, levantada por la Inspectora de Trabajo ZTPE, Juliaca, se ha llegado a establecer que tanto SILSA y Elite Corporation SRL como EsSalud han venido transgrediendo las normas de intermediación laboral, conforme se verifica:

(...) en la constancia de diligencia, se ha constatado que el solicitante cumplía su trabajo, en las Instalaciones de la RED ASISTENCIAL JULIACA ESSALUD, en el Área de División de Soporte, cumpliendo funciones de OPERADOR DE SOPORTE INFORMÁTICO, funciones propias de ESSALUD - JULIACA, y conforme a fojas treinta y uno (31), existe la constatación policial, de fecha 25 de julio del año en curso, se encontró cerrado con candado el puesto de trabajo del solicitante ROGELIO AÑAZCO ARAPA; en consecuencia se ha desnaturalizado la intermediación laboral, por tener el vínculo laboral existente entre los trabajadores destacados con las empresas usuarias, (...) (sic).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

12. Por consiguiente, atendiendo a que los servicios que ha venido prestando el demandante no obedecían a una necesidad complementaria de la entidad usuaria, y existiendo suficientes elementos para concluir que EsSalud, a través de las empresas SILSA y Elite Corporation SRL, ha contratado al demandante para prestar servicios de operador de soporte informático; labores que constituyen actividad principal y permanente de la entidad requirente, y están comprendidas en el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la Red Asistencia Juliaca y Hospital Base III; de conformidad con el artículo 5 de la Ley 27626, debe entenderse que el demandante mantenía una relación laboral con la entidad usuaria EsSalud, de modo que no podía ser despedido sino por causa justa motivada en su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, razón por la cual ha sido víctima de un despido arbitrario, vulneratorio de su derecho al trabajo.
13. En consecuencia, de los argumentos antes expuestos, debe concluirse que los contratos de trabajo sujetos a modalidad en cuestión se han desnaturalizado, por lo que este Tribunal Constitucional estima que la pretensión de la parte demandante debe ser declarada fundada en sede constitucional.

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

#### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse comprobado la afectación del derecho al trabajo, en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto el demandante.
2. **ORDENAR** que el Seguro Social de Salud (EsSalud) reponga a don Rogelio Añezco Arapa 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 procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BLUME FORTINI**  
**RAMOS NUÑEZ**  
**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

**PONENTE BLUME FORTINI**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

### **FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ**

Emito el presente fundamento de voto porque estimo necesario realizar una serie de precisiones.

Comparto los criterios desarrollados en la ponencia. También considero que se ha desnaturalizado la relación laboral de la parte recurrente. Sin embargo, como ya expresé en mi fundamento de voto en el expediente 05057-2013-PA/TC, publicado en el diario oficial El Peruano el 5 de junio de 2015, las reglas fijadas en dicho precedente solo deben aplicarse para los casos que ingresaron con posterioridad a la respectiva publicación. También manifesté mi preocupación porque, en lo que respecta a la selección de personal en la administración pública, debe primar el aspecto meritocrático, por lo que estuve de acuerdo con los criterios desarrollados en esa oportunidad. De este modo, mi desacuerdo solo se ciñó al aspecto temporal.

En este caso, al haberse presentado la demanda con una fecha anterior a dicho acto, la demanda debe declararse como **FUNDADA** de conformidad con los términos expuestos en la sentencia.

S.

**RAMOS NÚÑEZ**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

1. Considero importante resaltar que el Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conceder demanda de amparo. Es en ese contexto que sean dictado una serie de precedentes y criterios que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada institución.
2. La verificación de cada uno de estos elementos, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. En esa línea, no parecería conveniente, como podría entenderse, del texto presentado por el recurrente, prescindir de análisis de la interacción de los diversos precedentes y criterios que guardan relación con la presente controversia.
3. Al respecto, en el caso Elgo Ríos (STC.2383-2013-PA) el Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva, como subjetiva. Así, desde una perspectiva objetiva debe entenderse a una estructura del proceso, correspondiendo verificar si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea). También, a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental, puesto a consideración (tutela idónea).
4. Por otra parte, y desde la *preceptiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible atender a tramite la demanda de amparo, pese a existir una vía idónea regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar por la vía ordenaría pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tornarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

5. Es en este sentido que debió realizarse el respectivo análisis de procedencia de la demanda, tomando en cuenta los criterios establecidos, con carácter de precedente, en el caso Elgo Ríos (STC 02393-2013-PA), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.
6. Deben entonces respetarse las pautas establecidas por este Tribunal al respecto, sin perjuicio de eventuales diferencias con las mismas. Y es que, tomando en cuenta los parámetros que deben caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no puede, por ejemplo, apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo o no aplicarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos

**S.**

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

## VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, en el presente caso disiento de posición de declarar fundada la demanda y ordenar la reposición del demandante, pues a mí consideración la misma debe ser declarada **improcedente**, y debe disponerse la remisión de los actuados al juzgado de origen, en aplicación del precedente establecido en la sentencia dictada en el expediente 05057-2013-PA. Mis fundamentos son los siguientes:

1. El recurrente solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que habría sido objeto y que, por consiguiente, se le reincorpore en el cargo de operador de soporte informático. Alega que EsSalud suscribió contratos de intermediación con las empresas de Servicios Integrados de Limpieza SA-SILSA y Elite Corporation SRL, los cuales mediante contratos modales lo designaron a cumplir funciones de operador telefónico y luego, como digitador en la entidad demandada, durante los periodos de 25 de noviembre de 2008 hasta el 31 de enero del 2012 y desde el 2 de febrero del 2012 al 28 de febrero del 2013, respectivamente, y que, además habría laborado directamente para la entidad emplazada hasta el 24 de julio del 2013. Agrega que sus contratos se desnaturalizaron porque habría prestado servicios de naturaleza permanente en la entidad usuario y posteriormente, haber laborado directamente para ella, sin suscribir contrato alguno, después de vencido el plazo establecido en su último contrato. Aduce con ello la vulneración de su derecho al trabajo, protección contra el despido arbitrario y el derecho al debido proceso.

### Reglas establecidas en el precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC

2. En la sentencia emitida 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, con carácter de precedente, que, en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato de trabajo temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó a 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 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

También se precisó que las demandas presentadas a partir del día siguiente de la publicación de la citada sentencia en el diario oficial *El Peruano*, cuya pretensión no cumpla el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, deberán ser declaradas improcedentes sin que opere la reconducción.

Finalmente, también con carácter de precedente, se estableció la obligación de las entidades estatales de aplicar las correspondientes sanciones a los funcionarios o servidores que incumplieron las formalidades en la contratación de la parte demandante (cfr. fundamento 20 de la Sentencia 05057-2013-PA/TC).

### **Análisis del caso concreto**

3. 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”; asimismo, el artículo 27 preceptúa que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
4. La ley 27626 tiene como propósito regular la intermediación laboral no solo respecto a la actividad de las empresas y entidades que podrán intervenir en ella, sino también, en forma clara e integral, los derechos de los trabajadores involucrados, así como sus limitaciones.
5. La intermediación laboral es una figura que tiene como finalidad exclusiva la prestación de servicios por parte de una tercera persona destacada para que preste servicios temporales, complementarios o de alta especialización en otra empresa llamada usuaria; para tal efecto, la entidad intermediadora y la empresa usuaria suscriben un contrato de naturaleza civil denominado locación de servicios; sin embargo, dicho destaque no implica un vínculo laboral entre dicha persona y la empresa usuaria. Por lo cual, en la intermediación laboral se establece una relación jurídica en la que participan tres sujetos de derecho: una empresa usuaria, una empresa jurídica intermediaria y un trabajador destacado, determinándose una limitación de contratación a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 3 de la Ley 27626, que señala:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

**Artículo 3.- Supuestos de procedencia de la intermediación laboral**

La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización. Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.

El artículo 5 dispone las infracciones de los supuestos de intermediación laboral:

**Artículo 5.- De la infracción de los supuestos de intermediación laboral**

La infracción a los supuestos de intermediación laboral que se establecen en la presente Ley, debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria.

6. En consecuencia, toda transgresión a los supuestos de intermediación laboral determina la existencia de una relación laboral entre los trabajadores destacados y la empresa usuaria. Por ende, y de conformidad con el artículo 3 de la Ley 27626, se juzgará la existencia de relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado en aquellos casos en que se haya pactado la intermediación de servicios que no se caracterice por ser temporal, complementaria o de alta especialización, y, por el contrario, corresponda a un servicio que implique una actividad principal y permanente de la empresa usuaria.
7. Por otro lado, conforme al artículo 5 de la Ley 28175, 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

8. Ahora bien, de los informes obrantes de fojas 24 a 28 y de 71 a 116, memorándums obrantes a fojas 29, 40 y 43, memorándums de las páginas 29, 40, 43, orden de servicio informático de la página 49 y de las cartas obrantes a fojas 41, 42, 61, 66, 67, 117 y 119 se colige que el actor ha prestado servicios como operador de soporte informático en la Red de Asistencia Juliaca, Hospital III, pese a que a la emisión de dichos documentos, el actor había suscrito contratos con la empresa Servicios Integrados de Limpieza SA (SILSA), para operar como operador telefónico y con la empresa Elite Corporation SRL, para prestar servicios como digitador en EsSalud. Además de ello, según se observa en el documento denominado Cuadro de Asignación de Personal (CAP) 2011 (fojas 13) y en el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la Red de Asistencia Juliaca y Hospital Base III (fojas 14 a 20), el puesto de operador de soporte informático es un cargo que se encuentra comprendido dentro de la estructura orgánica de la entidad emplazada, dependiente de la división de Soporte Técnico, por lo cual no podía ser encargado a una empresa de intermediación de actividades complementarias.
9. En consecuencia, dado que los servicios que ha venido prestando el demandante no obedecían a una necesidad complementaria de la entidad usuaria, y existiendo suficientes elementos para concluir que EsSalud, a través de las empresas SILSA y Elite Corporation SRL, ha contratado al demandante para prestar servicios de operador de soporte informático; labores que constituyen actividad principal y permanente de la entidad requirente, y están comprendidas en MOF de la Red de Asistencia Juliaca y Hospital Base III; de conformidad con el artículo 5 de la ley 27626, debe entenderse que el demandante mantenía una relación laboral con la entidad usuaria EsSalud, de modo que no podía ser despedido sino por causa justa motivada en su conducta o capacidad laboral, lo que ha sucedido en el presente caso, razón por la cual ha sido víctima de un despido arbitrario, vulneratorio de su derecho al trabajo.
10. No obstante, debe tenerse en cuenta: i) lo expuesto en el aludido precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC (que tiene como fundamento el artículo 5 de la Ley 28175, 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, ii) que en el caso de autos, conforme se desprende de la demanda y sus recaudos, la demandante no ingresó mediante dicho tipo de concurso público.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

11. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que la pretensión de la parte demandante debe ser declarada improcedente en esta sede constitucional. De otro lado, y atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC en el diario oficial El Peruano, 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 de la precitada sentencia; y ordenar que se verifique lo pertinente con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionada en el fundamento 20 del precedente contenido en el Expediente 05057-2013 - PA/TC.

Por lo expuesto, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda y ordenarse la remisión de los autos al juzgado de origen, para que proceda conforme a lo dispuesto en los fundamentos 20 y 22 del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

S.

**LEDESMA NARVÁEZ**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

### **VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA**

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

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

#### **La estabilidad laboral de la Constitución de 1993**

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

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

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

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

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

---

<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 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

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).
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 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

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<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.

---

<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 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

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

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

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

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

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

### **Tutela constitucional ante los despidos nulos**

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

Por estas consideraciones, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

**FERRERO COSTA**

---

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto singular que se sustenta en las siguientes consideraciones:

Si bien me encuentro de acuerdo con lo señalado en la ponencia acerca de que en el caso ha habido una violación de las normas de intermediación laboral, no puede ordenarse la reincorporación del demandante para que labore en la entidad emplazada. Ello, debido a que, conforme se ha establecido en el precedente recaído en la sentencia del expediente 5057-2013-PA, no podrá darse la reposición de un trabajador estatal a través de un proceso de amparo, si no se ingresó a laborar a través de un concurso público, a una plaza presupuestada para un puesto a plazo indeterminado, que se encuentre vacante.

En el presente caso, como consta de autos, el demandante o ingresó a trabajar mediante concurso público, por lo que en aplicación de citado precedente, no procede la reposición laboral.

En este sentido, mi voto es el siguiente:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.
2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, para que proceda conforme se dispone en los fundamentos 20 y 22 del precedente contenido en el Expediente 5057-2013-PA/TC.

**S.**

**MIRANDA CANALES**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

## 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 01821-2017-PA/TC  
PUNO  
ROGELIO AÑAZCO ARAPA

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.

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

S.

**SARDÓN DE TABOADA**