



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Pleno. Sentencia 570/2020

EXP. N.º 00096-2016-PA/TC

TUMBES

LADY ESTHER APOLO RUEDA

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 3 de setiembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, ha emitido, por mayoría, la siguiente sentencia, que resuelve declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Asimismo, los magistrados Ramos Núñez y Sardón de Taboada formularon unos fundamentos de voto.

El magistrado Ferrero Costa emitió un voto singular declarando infundada la demanda, el magistrado Blume Fortini, un voto singular declarando fundada la demanda y el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, un voto singular declarando fundada en parte la demanda.

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 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de setiembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez y Sardón de Taboada, y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Lady Esther Apolo Rueda contra la resolución de fojas 193, de fecha 24 de julio de 2015, expedida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La parte demandante, con fecha 25 de febrero de 2015, interpone demanda de amparo contra la Dirección Regional de Salud de Tumbes, con el objeto de que cese la amenaza a su derecho al trabajo y que se disponga que se excluya de la convocatoria a concurso la plaza de obstetra que ha venido ocupando.

Refiere que laboró de manera interrumpida para la demandada desde el 1 de mayo de 2007 en el puesto asistencial en el Centro de Salud a cargo de la DIRESA de Tumbes. Asimismo, señala que el último cargo que ha desempeñado es el de obstetra desde el 1 de julio de 2011. Añade que ha laborado según diversas modalidades de contratación, entre ellas, la locación de servicios, servicios por terceros, contratos administrativos de servicios (CAS) del 1 de setiembre al 31 de diciembre de 2014. Además, desde el 1 de enero de 2015 hasta la fecha de interposición de la demanda, ha trabajado sin contrato alguno.

En ese sentido, manifiesta que su relación laboral se ha desnaturalizado; pues, desde la fecha de vencimiento de su último contrato, transcurrieron 55 días sin que se haya formalizado la contratación de sus servicios, además de haber realizado labores de naturaleza permanente.

Asimismo, señala que, desde octubre de 2014, le comunicó a su empleadora que se encontraba embarazada, por lo que se habría vulnerado su derecho a no ser discriminada por encontrarse en estado de gestación.

El Juzgado Mixto Permanente de Tumbes, con fecha 3 de marzo de 2015, declaró improcedente la demanda por considerar que existe una vía igualmente satisfactoria como



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

el proceso contencioso-administrativo. Asimismo, sostiene que el proceso de amparo no tiene una estación probatoria que permita dilucidar con alto grado de certeza la controversia.

La Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, con fecha 24 de julio de 2015, confirmó lo resuelto por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La actora solicita que cese la amenaza a la violación de sus derechos fundamentales y que, en consecuencia, se deje sin efecto la convocatoria a concurso público de la plaza de obstetra que venía ocupando en el Centro de Salud de Pampas en la DIRESA de Tumbes.
2. Asimismo, solicita que se proceda a renovar su contrato en la plaza que ocupaba.

Cuestión procesal previa

3. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, y con calidad de precedente, este Tribunal, en referencia al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, señaló lo siguiente:
 12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este Tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada “igualmente satisfactoria”: una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).
 13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea), o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea). Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.
 14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad); situación también predicable cuanto existe un proceso ordinario considerado como “vía igualmente satisfactoria” desde una perspectiva



objetiva; (2) se evidencia que es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
- Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

[...]

16. Esta evaluación debe ser realizada por el Juez o por las partes respecto de las circunstancias y derechos involucrados en relación con los procesos ordinarios. Es decir, los operadores deben determinar si la vía es idónea (en cuanto permite la tutela del derecho, desde el punto de vista estructural, y es susceptible de brindar adecuada protección) y, simultáneamente, si resuelta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia).

4. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la *relevancia del derecho*. En efecto, conforme se ha señalado, la demandante alega que fue discriminada en el ámbito laboral por su condición de madre gestante. Por lo tanto, toda vez que el artículo 23 de la Constitución establece una especial protección por parte del Estado de la madre trabajadora, el proceso de amparo es idóneo para resolver la controversia de autos.

5. Asimismo, cabe recordar que las mujeres madres en el ámbito laboral constituyen un grupo de especial vulnerabilidad que requiere protección especial por parte del Estado. Como lo ha señalado este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 4):

[...] el deber del Estado, en general (y de las cortes o tribunales constitucionales, en particular), es mayor con respecto a las personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad o desventaja. En lo que concierne al caso de autos, la Constitución prevé expresamente que el Estado protege a la familia, y considera a los niños y las madres como sujetos merecedores de una especial protección (artículo 4). Inclusive, señala expresamente que el Estado “protege especialmente a la madre [...] que trabaja” (artículo 23).



La participación de la mujer en el sector público

6. De acuerdo con Servir, en 2017, el sector público contaba con alrededor de 1 millón 422 000 servidores, de los cuales el 47 % era mujeres¹. La presencia de la mujer en el servicio civil aumentó del 43 % al 47 % durante el periodo 2004-2017. Hoy, en el sector público, prácticamente 5 de cada 10 servidores son mujeres, frente a 3 de cada 10 en el sector privado formal².
7. Como dato adicional, la participación de las mujeres en el empleo público según régimen laboral se divide en el siguiente esquema: (i) un 30 % de las servidoras públicas está empleado en los regímenes de carreras especiales (diplomáticos, docentes, profesores, médicos, etcétera); (ii) un 21 % se encuentra empleado según el régimen establecido por el Decreto Legislativo 276; (iii) mientras que el régimen de CAS rige al 20 % de servidoras públicas; entre otros³.
8. Frente a esta realidad del empleo público donde existe un porcentaje considerable de servidoras públicas, tanto el legislador como los operadores jurídicos no pueden desconocer la particular situación que presentan las mujeres en el ámbito laboral. En específico, el presente caso advierte una situación recurrente en la Administración Pública, referida a la situación que presentan las servidoras públicas gestantes y que son madres frente a actitudes y conductas discriminatorias por parte de algunos empleadores. Así, como lo ha señalado la Oficina Internacional del Trabajo, la situación de embarazo de mujeres en edad reproductiva constituye una de las manifestaciones más frecuentes de la discriminación hacia las mujeres en el mundo laboral⁴.
9. Esta realidad parte de cosmovisiones del mundo clásicas de la sociedad y la familia que se reflejaron en el desarrollo y en la evolución del derecho del trabajo. De esta forma, la tendencia mundial hegemónica hasta fines del siglo XIX y a comienzos del siglo XX fue prohibir el trabajo remunerado de las mujeres en ciertas situaciones no solo por razones de maternidad o por su presunta menor fuerza física, sino por la mentalidad de la época, que la consideraba menos “preparada” que el varón para los trabajos intelectuales y las funciones públicas.
10. En esa medida, la legislación laboral enfatizó el rol de la mujer en el hogar como

¹ Servir. La mujer en el servicio civil peruano 2019. Servir. p. 4. Disponible en <[https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf)> (consultado el 21 de enero de 2019).

² Servir. La mujer en el servicio civil peruano 2019. Servir. p. 4. Disponible en <[https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf)> (consultado el 21 de enero de 2019).

³ Servir. La mujer en el servicio civil peruano 2019. Servir. p. 10. Disponible en <[https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf)> (consultado el 21 de enero de 2019).

⁴ OIT. Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: una cuestión de principios. No discriminación laboral de las mujeres y protección de la maternidad. p. 1. Disponible en <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ro-san_jose/documents/publication/wcms_220030.pdf> (consultado el 21 de enero de 2019).



esposa y madre. A su vez, se desincentivó la contratación de mujeres fuera del hogar. Ello se vio reflejado, inclusive, en los primeros instrumentos internacionales adoptados sobre la materia. Sin embargo, en el marco del Estado constitucional presidido por el principio de igualdad y no discriminación, se debe garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, también en el laboral. Esto exige tomar en consideración situaciones objetivas especiales como la maternidad, que evidentemente amerita una protección distinta (reforzada).

11. Específicamente, sobre la situación de la maternidad, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado que dicha situación exige la adopción de medidas especiales para garantizar el desarrollo de la mujer en el ámbito laboral:

[...] la protección de la maternidad, plasmada en la prohibición del despido y la concesión de un descanso antes y después de la fecha del parto, es un imperativo permanente. En la práctica, no obstante, la maternidad sigue siendo un factor de discriminación cuando se la tiene en cuenta directa o indirectamente a la hora de la contratación o para poner término a la relación de trabajo. La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginadas del mercado de trabajo.

12. Según este nuevo enfoque, la normativa internacional y nacional vigente brinda una protección especial a la maternidad en el ámbito laboral a través de diversos instrumentos internacionales, tal como se analizará a continuación.

La protección de la maternidad en el trabajo en la Constitución Política de 1993

13. La norma fundamental establece disposiciones que tutelan la situación de maternidad de las trabajadoras.
14. En ese sentido, el artículo 2, inciso 2, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad. De ello, se desprende que “[...] Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, **sexo**, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” [negritas añadidas]. Igualmente, en el artículo 26, inciso 1, de la Constitución, se establece que en la relación laboral se respeta el principio de “igualdad de oportunidades sin discriminación”.
15. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, desarrolló el contenido del principio de igualdad en el ámbito laboral:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC 008-2005-PI/TC, ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.

36. La discriminación en el entorno laboral es un fenómeno social cotidiano y universal que provoca desigualdades entre las personas y genera desventajas sociales y económicas que debilitan la cohesión y la solidaridad sociales. Por ello, la erradicación de la discriminación laboral tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

37. En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.

16. En ese entendido, queda claro que el despido de las trabajadoras atendiendo a su condición de madres o por situaciones vinculadas al ejercicio de la maternidad (como es el caso de la lactancia) configuran una vulneración al principio de igualdad de trato en el ámbito laboral.

17. Asimismo, el artículo 23 de la Constitución señala lo siguiente: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, **el cual protege especialmente a la madre**, al menor de edad y al impedido que trabajan [...]” [negritas añadidas].

18. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC, ha señalado lo siguiente:

15. [...] los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23º de la



Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

19. Asimismo, se puede observar que el propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres), al configurar derechos como la “licencia por maternidad” y el “permiso por lactancia” para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.
20. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger los derechos a la igualdad y salud de las mujeres, y a la salud de la niña o del niño; sino que, además, no exista un conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales, es decir, una carga que las mujeres deban soportar solo por el hecho de ser mujeres.
21. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado para las mujeres, sino que, además, han sido sujetas a discriminación debido a su sexo. Al respecto, este Tribunal se ha pronunciado en casos en los que las demandantes solicitan usar su descanso por maternidad con goce de remuneraciones. Si bien se determinó que había operado la sustracción de la materia, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).
22. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido por discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC); situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral de las mujeres debido a su sexo no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, ya sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando; sino, además, y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento cuyo objetivo sea la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).



23. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, si tienen hijos o su número de hijos, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.
24. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que “la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate [...]” (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).
25. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho —la maternidad—, no solo es violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación debido a la situación familiar, siendo esta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que “nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole”. De igual manera, lo ha reconocido la Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que “[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]” (Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42.º periodo de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).
26. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la ley. Solo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que podrían generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales con la finalidad de asegurar que estas diferencias no se conviertan en cargas que un grupo vulnerable tenga que soportar. En este caso en específico, se trata de la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas.
27. De lo señalado en los fundamentos *supra*, este Tribunal es consciente de que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que, en el ámbito laboral, se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable. Por lo tanto, merecen una protección



reforzada, de tal forma que no se vulneren sus derechos en el ámbito laboral.

28. En este sentido, a este Tribunal no le queda duda de que existe una obligación del Estado que emana de la Constitución, la cual consiste en brindar una protección especial a las trabajadoras en situación de maternidad. Esta protección reforzada no debe distinguir el régimen laboral en el que se encuentren.

Despido nulo por razones de discriminación por el sexo en el caso específico del régimen CAS

29. El artículo 6, inciso “g”, del Decreto Legislativo 1057 establece el derecho de los trabajadores del régimen CAS de poder solicitar licencias con goce de haber por maternidad, paternidad y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales. Asimismo, el inciso “k” del mismo artículo señala lo siguiente:

Quando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de descanso médico *o licencia pre y post natal*, le corresponderá percibir las prestaciones derivadas del régimen contributivo referido en el párrafo anterior, debiendo asumir la entidad contratante la diferencia entre la prestación económica de ESSALUD y la remuneración mensual del trabajador [negritas añadidas].

30. De manera complementaria, el artículo 8-A, inciso 1, del Reglamento del Decreto Legislativo 1057 (aprobado por DS 075-2008-PCM) señala lo siguiente:

8.A.1. La madre trabajadora sujeta al régimen del Decreto Legislativo N° 1057, al término del período post natal, *tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que su hijo cumpla un año de edad*, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 27240 - Ley que otorga permiso por lactancia materna [negritas añadidas].

31. En ese sentido, el régimen CAS ya reconoce beneficios a las trabajadoras que se encuentran en situación de maternidad. Por ende, si bien se trata de un régimen laboral transitorio y de carácter temporal, ello no impide que las trabajadoras sujetas a este goce de los derechos fundamentales inherentes a su condición de madres, los cuales, como se ha revisado, tienen protección constitucional.

32. Al respecto, cabe señalar que, en la sentencia recaída en el Expediente 00976-2001-PA/TC (fundamento 15.a), el Tribunal Constitucional señaló que el despido nulo sucede —entre otros supuestos— en los siguientes casos:

- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su *sexo*, raza, religión, opción política, etcétera [negritas agregadas].
- Se despide a la trabajadora por su *estado de embarazo* (siempre que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o en los 90 días posteriores al parto) [negritas agregadas].

33. Ahora bien, en el régimen del CAS, en principio, no podría producirse un despido nulo porque se ha entendido que este se encuentra restringido al régimen de la actividad laboral privada; pues así ha sido regulado en el Decreto Legislativo 728, a diferencia del Decreto Legislativo 1057, en el cual los trabajadores están sujetos a una contratación temporal.
34. Sin embargo, la posibilidad de que pueda producirse un despido nulo en el régimen CAS se debe reinterpretar de forma tal que se ajuste a la obligación que deriva de lo dispuesto por la Constitución en su artículo 23, en lo referido a la especial protección de la mujer trabajadora en situación de maternidad.
35. En consecuencia, y con la finalidad de brindar una protección reforzada a la madre en el ámbito laboral, el despido de una trabajadora del régimen CAS deberá ser considerado como un **despido nulo**, con las consecuencias que el Tribunal le ha reconocido en su jurisprudencia, cuando este tenga como causa el estado o ejercicio de su maternidad o de razones vinculadas a ella.
36. En estos casos, este Tribunal considera que, debido a la dificultad que implica poder demostrar que un despido ha tenido como causa el estado de maternidad o las consecuencias de este, deberá operar la presunción de que el despido ha tenido como razón dicho estado si es que la trabajadora, previamente, puso en conocimiento a la entidad empleadora y acreditó que se encontraba embarazada.
37. Así pues, tras tomar conocimiento de la situación de embarazo, las trabajadoras del régimen CAS tendrán protección contra el despido en los términos señalados, en conformidad con el mandato contenido en el artículo 23 de la Constitución.
38. Ahora bien, no se puede eludir que el despido no es la única forma de terminar una relación laboral en el régimen del Decreto Legislativo 1057, pues esta situación también se puede materializar con la no renovación del contrato. Por ello, esta protección reforzada para la madre trabajadora deberá extenderse también a los casos en los que se presente la renovación del contrato administrativo de servicios. De lo contrario, esta protección perdería eficacia.
39. Asimismo, conforme a lo señalado en los fundamentos 28 a 31 *supra* del presente voto, esta protección debe también cubrir el periodo de lactancia. Este, como se analizó precedentemente, por mandato legal, es hasta que el hijo/a cumpla un año.
40. De no ser así, existiría una lectura contradictoria entre las disposiciones del régimen CAS y la Constitución: por un lado, se garantizaría que las trabajadoras puedan ejercer derechos vinculados a su condición biológica de madres, pero, por otro lado, se dejaría a merced del empleador poder prescindir de los servicios de las



trabajadoras, en puridad, por los costos que pudieran generar el ejercicio de los derechos relacionados con la maternidad.

41. Si bien es cierto que el Decreto Legislativo 1057 no restringe la potestad del empleador para dejar de renovar los CAS, en el caso de las madres trabajadoras, esta situación puede ser gravemente negativa y colisiona con disposiciones constitucionales (artículos 2.2, 23 y 26, inciso 1) cuando la falta de renovación se vincula únicamente al estado de maternidad de la trabajadora.
42. Ahora bien, esto no implica en absoluto que los empleadores no puedan terminar una relación laboral en el régimen CAS a una mujer en estado de maternidad, sino que tendrán la carga de demostrar que la falta de renovación del contrato o el despido ha tenido una causa justa.
43. Por otro lado, si bien este Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del régimen CAS de manera abstracta y general (Expediente 0002-2010-PI/TC), esto no quiere decir que la aplicación de dicha norma al caso concreto no pueda ser inconstitucional. Como ya se señaló anteriormente (Sentencia 0014-2014-PI y otros, fundamento 144):

[...] Ahora bien, y aun cuando este Tribunal Constitucional *procede a confirmar la constitucionalidad de este aspecto de la ley impugnada, desde un punto de vista abstracto (único que cabe analizar en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar que a posteriori se presente la posibilidad de que tal inconstitucionalidad pueda producirse en el posterior desarrollo de determinados casos concretos* [negritas agregadas].

44. De esta manera, entre resguardar la potestad del empleador de no renovar el CAS vencido por plazo contractual, a pesar de la necesidad del servicio, y asegurar la defensa del derecho de las madres trabajadoras; esto es, entre la garantía de la libre contratación y el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el derecho al trabajo, este supremo órgano, en este contexto de protección especial, debe satisfacer en mayor medida el segundo.
45. Además, cabe precisar que este Tribunal Constitucional ya ha reconocido la posibilidad de sancionar despidos nulos en el régimen CAS en la sentencia recaída en el Expediente 07792-2013-PA/TC (en aquella ocasión, el Tribunal entendió que el despido por no renovación de un trabajador por razones antisindicales era nulo, a pesar de haber trabajado según el régimen CAS).

Del estado actual de la protección en el caso de una mujer en estado de maternidad

46. Además de lo ya señalado *supra*, referido a la protección que se desprende del artículo 23 de la Constitución, a la fecha, existen diversos instrumentos a nivel



internacional, así como en la legislación nacional, en materia de derechos laborales de las madres.

47. El artículo 25, inciso 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, señala expresamente que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.
48. Asimismo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece lo siguiente:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

49. Además, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen lo siguiente:

Artículo 1

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[...]

Artículo 24

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

50. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶, en el artículo 10, inciso 2, reconoce esta especial protección ya en el ámbito laboral:

[...] Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, **a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con**

⁵ Suscrita y proclamada en París (Francia) por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Perú mediante la Resolución Legislativa 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.

⁶ Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley 22129, publicado el 29 de marzo de 1978. El instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978 se depositó el 28 de abril de 1978, el cual fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario. Vigente desde el 28 de julio de 1978.



remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social
[negritas añadidas].

51. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁷, en el artículo 1, parte de definir la expresión “discriminación contra la mujer” como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.
52. En el artículo 11, inciso 2, de dicho tratado, se establecen disposiciones específicas dirigidas a proteger la situación de maternidad de las mujeres en el ámbito laboral, entre las que se encuentra la prohibición de despido por razones de embarazo:

[...] A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) **Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad** y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [negritas añadidas].

53. Por otro lado, desde 1919, la OIT ha adoptado tres convenios relativos a la protección de la maternidad (el Convenio 3, sobre la protección de la maternidad, de 1919; el Convenio 103, sobre la protección de la maternidad, de 1956; y el Convenio 183, sobre la protección a la maternidad, de 2000). Al respecto, cabe señalar que la discriminación de la mujer a causa de su maternidad existe en relación tanto con la terminación del empleo como con el acceso a este. Por lo tanto, las medidas destinadas a salvaguardar el empleo de las trabajadoras embarazadas y a combatir la discriminación basada en la maternidad forman parte integrante de la protección de la maternidad. Los convenios de la OIT son cada vez más exhaustivos en cuanto a la

⁷ Suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por la Resolución Legislativa 23432, publicada el 5 de junio de 1982. El instrumento de ratificación del 20 de agosto de 1982 se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.



amplitud de la protección que debe ofrecerse⁸. En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

[...] La protección de la maternidad, cuestión fundamental para la OIT desde sus inicios en 1919, cuando los Estados Miembros adoptaron el Convenio núm. 3, es crucial para promover los derechos, la salud y la seguridad económica de las mujeres y de sus familias, en todas partes. El alcance de la protección de la maternidad, y los derechos anejos, han ido ampliándose con el tiempo, en el Convenio núm. 103, adoptado en 1952, y en el Convenio núm. 183, adoptado en 2000. Junto con las Recomendaciones correspondientes, núm. 95, en 1952, y núm. 191 en 2000, los instrumentos tienen por objeto preservar la salud de la madre y del recién nacido, y proporcionar seguridad en el empleo, en especial, protección contra el despido y la discriminación, y preservar el salario y las prestaciones durante la maternidad, así como el derecho a reincorporarse al trabajo después del parto. Así pues, se trata de que la mujer pueda combinar satisfactoriamente su rol reproductivo y su rol productivo, y de prevenir la desigualdad de trato en el empleo a causa de la capacidad de alumbramiento de la mujer.

54. Ello evidencia la importancia del tema para dicho organismo supranacional. Ahora bien, dado que el Convenio 183 establece los criterios actualizados referidos a la protección de la maternidad en el ámbito laboral (en tanto revisa las disposiciones del Convenio 103), en aras de concretizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, este Tribunal Constitucional procederá a analizarlo en detalle.

Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (número 183)

55. El mencionado Convenio de la OIT fue aprobado por esta organización el 30 de mayo de 2000 y ratificado por el Estado peruano mediante el Decreto Supremo 012-2016-ER, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de febrero de 2016. Al respecto, cabe señalar que es la primera vez que un convenio de la OIT exhorta a los Estados miembros a que adopten las medidas apropiadas para impedir la discriminación en el empleo, en concreto por razones de maternidad, incluido el acceso al empleo.
56. El Convenio 183 de la OIT tiene por objetivo garantizar la igualdad de oportunidades para todas las madres trabajadoras. En esa medida, en el artículo 2, señala que sus disposiciones se aplican a “[...] todas las mujeres empleadas, inclusive las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente”. Aunque existe la posibilidad de que, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, se pueda excluir a determinadas categorías de trabajadoras

⁸ OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas con las condiciones de trabajo y del empleo (p. 67).



de los efectos de la citada convención con la condición de que esta excepción sea transitoria, además de aplicar de manera progresiva y paulatina los beneficios contemplados en la misma a todas las madres trabajadoras.

57. Asimismo, los derechos que este tratado internacional confiere a las madres trabajadoras son los siguientes:

a) Derecho a la protección de la salud (artículo 3): destinado a proteger no solo a las mujeres embarazadas sino también a las que están en proceso de lactancia frente a trabajos considerados peligrosos.

b) Licencia de maternidad (artículo 4): con una duración mínima de 14 semanas, de las cuales al menos 6 semanas se otorgarán con posterioridad al parto.

c) Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5): a partir de un certificado médico se deberá otorgar una licencia, antes o después del de maternidad, en caso de enfermedad, complicaciones o riesgo de las mismas como consecuencia del embarazo o parto.

d) Prestaciones pecuniarias y médicas (artículo 6): la primera se refiere al tiempo de duración de la licencia de la maternidad, a fin de garantizar a la madre y al hijo un nivel de vida y salud adecuados; mientras que la segunda se refiere a la asistencia prenatal, durante el parto y postnatal, incluida la hospitalización.

e) Protección del empleo y no discriminación (artículos 8 y 9): se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, con licencia por maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo hasta por un plazo que determine cada Estado, además de imponer al empleador la carga de la prueba de que el despido realizado en estas condiciones no está relacionado con el embarazo y sus consecuencias. Adicionalmente, se exige a los Estados a que garanticen que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, incluyendo el acceso al empleo.

f) Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10): se le reconoce a la mujer el derecho de interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de esta, a efectos de alimentar a su hijo.

58. Es particularmente relevante lo dispuesto en el artículo 8, donde se establece lo siguiente:

1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de



trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

59. El artículo en mención establece la prohibición al empleador de despedir a una mujer trabajadora en tres supuestos claramente delimitados, relacionados con el ejercicio de la maternidad:
- Cuando esté embarazada.
 - Durante el goce de su licencia maternal o licencia en caso de enfermedad o complicaciones.
 - Después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional.
60. Ello no quiere decir, claro está, que la mujer trabajadora que esté en las situaciones señaladas precedentemente no pueda ser finalmente despedida. Así, el artículo en mención es claro al señalar que es posible que se produzca el despido siempre y cuando este ocurra por motivos no relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias, o la lactancia. Al respecto, y de acuerdo con la legislación comparada, los casos en los que se puede invocar de manera legítima el despido, aun en el periodo de protección que establece el Convenio 183, son, a modo de ejemplo, los siguientes: (a) falta grave, negligencia grave o infracción de la disciplina laboral; (b) ingreso en prisión; y (c) trabajo para otra empresa durante el periodo de licencia; etcétera⁹.
61. Adicionalmente, se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a uno equivalente con la misma remuneración al término de la licencia de maternidad (artículo 8.2 del Convenio 183 OIT).
62. Cabe señalar que el Convenio 183 de la OIT ha sido ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa 30312, de fecha 21 de marzo de 2015. Por ello, sus disposiciones surten todos sus efectos de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Constitución, el cual establece que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Así, no queda sino convenir en que los contenidos anteriormente señalados resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.
63. En este sentido, a partir de esta fecha, las reglas que se señalan en este tratado, referidas al despido de mujeres embarazadas, y que están en armonía con el artículo

⁹ OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas con las condiciones de trabajo y del empleo. Segunda edición. 2010, p. 75.



23 de la Constitución, deben ser tomadas en cuenta por todos los operadores tanto en el ámbito público como privado.

64. Por otro lado, en el ámbito nacional, cabe resaltar que el legislador se ha dado cuenta de la especial protección que merece la madre en el ámbito laboral, conforme al artículo 23 de la Constitución. En consecuencia, ha aprobado diversas normas de rango infraconstitucional efectivizando este mandato de protección.
65. El artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (DS 003-97-TR), modificado por el artículo 1 de la Ley 30367, publicada el 25 noviembre 2015, señala que es nulo el despido que tenga por motivo, entre otros supuestos:

[...] e.- El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

66. Por su parte, la Ley 30709, “Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres”, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de diciembre de 2017, en el artículo 6, señala lo siguiente:

Artículo 6. Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia

Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en **período de lactancia** en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad [negritas añadidas].

67. Como se advierte, esta última ley complementa lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio 138 OIT, en el sentido de que la protección reforzada para las madres trabajadoras se extiende hasta el periodo de lactancia, el cual, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 27240, es hasta que su hija o hijo cumpla un año¹⁰. Este

¹⁰ “Artículo 1.- Del objeto de la Ley

1.1 La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento.



Tribunal considera que el periodo de lactancia constituye una manifestación del ejercicio de la maternidad, lo cual explica que tanto la Constitución como la ley brinden medidas afirmativas especiales a las trabajadoras que presenten dicha situación.

68. Cabe recordar, como lo señaló este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 70), que el fundamento constitucional del derecho al permiso por lactancia no solo está constituido por la protección de la familia y de la salud familiar, y el contenido del derecho al desarrollo de la personalidad de las mujeres y madres trabajadoras; sino también por el interés superior del niño, y el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del sexo y de la situación familiar. En tal sentido, cualquier violación del derecho al permiso por lactancia por parte de cualquier autoridad, funcionario, servidor o persona, en general, provoca la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento.
69. De forma resumida, desde la entrada en vigencia del Convenio 183 en el Perú, así como con la publicación de la Ley 30709, estas serán las reglas que deberán regir cuando se alegue la vulneración de los derechos de una madre en el trabajo, independientemente del régimen en el que se encuentren:
 - a. El cese de cualquier trabajadora, entendido como despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora que se encuentre en estado de gestación, se presumirá como un despido nulo que ha tenido como causa su condición de madre.
 - b. Para que opere esta presunción, se deberá haber comunicado y acreditado previamente el estado de gestación con el informe médico que corresponda o, en todo caso, que se encuentra en periodo de lactancia.
 - c. Queda salvaguardada la facultad del empleador de probar que el despido, terminación o no renovación de contrato obedeció a una causa justa que no tuvo como motivo el embarazo o estado de maternidad.

Análisis de la controversia

70. La recurrente alega que su relación laboral se ha desnaturalizado; pues, desde que suscribió la última adenda que extendió su contrato hasta el 31 de diciembre de 2014, habría laborado sin contrato por 55 días.

1.2 La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho establecido en el párrafo precedente”.

1.3 El derecho que por la presente ley se otorga no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

71. Es importante señalar que el artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo 1057 señala lo siguiente:

Artículo 5.- Duración del contrato administrativo de servicios

5.1. El contrato administrativo de servicios es de plazo determinado. La duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación; sin embargo, el contrato puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades. Cada prórroga o renovación no puede exceder del año fiscal y debe formalizarse por escrito antes del vencimiento del plazo del contrato o de la prórroga o renovación anterior.

5.2. En caso el trabajador continúe laborando después del vencimiento del contrato sin que previamente se haya formalizado su prórroga o renovación, el plazo de dicho contrato se entiende automáticamente ampliado por el mismo plazo del contrato o prórroga que esté por vencer, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los funcionarios o servidores que generaron tal ampliación automática. Para tal efecto, la entidad contratante informa al trabajador sobre la no prórroga o la no renovación, con una anticipación no menor de cinco (5) días hábiles previos al vencimiento del contrato.

72. En este sentido, si efectivamente la demandante laboró sin contrato, debe entenderse que este fue prorrogado de manera tácita por el mismo plazo del contrato o prórroga que estaba por vencer.
73. Respecto a esta situación, en autos, obran los contratos (folios de 48 a 66) que acreditan que a la demandante se le renovó contrato hasta el 31 de diciembre de 2014.
74. Asimismo, obra el Memorando 399-2015-GOB-REG-TUMBES-DRST-OEGYRH (folio 73), de fecha 20 de enero de 2015, mediante el cual se comunica la no renovación de su CAS señalando que este vencería indefectiblemente el 31 de enero de 2015.
75. Sin embargo, el 30 de enero de 2015, mediante el Memorando 554-2015-GR-TUMBES-DRS-OEGYDRH, se le comunica que su contrato será extendido hasta el 28 de febrero de 2015. Aunque no lo haya formalizado con una firma, en el presente caso, no puede hablarse de una desnaturalización; pues queda claro que lo que sucedió fue que el contrato se prorrogó de manera automática, conforme a lo dispuesto en el Reglamento del Decreto Legislativo 1057.
76. A partir de lo señalado, este Tribunal observa que, a la fecha de interposición de la demanda (25 de febrero de 2015), doña Lady Esther Apolo Rueda mantenía una relación laboral a plazo determinado en el marco del régimen CAS hasta el 28 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

febrero de 2015.

77. Ahora bien, la demandante alega que fue víctima de una inminente amenaza de violación de su derecho a no ser discriminada por encontrarse en estado de gestación; pues, a pesar de haberse encontrado en dicho estado y haberlo comunicado, la entidad habría convocado a concurso su plaza.
78. Si bien el proceso constitucional de amparo procede para el caso de amenazas de vulneración de derechos constitucionales, tal como lo menciona expresamente el artículo 200, inciso 2), de la Constitución, es importante resaltar que la amenaza debe poseer dos rasgos esenciales: **certeza e inminencia**, de modo que dicho riesgo pueda ser atendible a través del proceso constitucional de amparo.
79. Al respecto, este Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado indicando que la procedencia del amparo para casos de amenazas de vulneración de derechos constitucionales está supeditada a que tal amenaza sea cierta e inminente. Así, en la Sentencia 00091-2004-PA/TC, específicamente en el fundamento 8, se afirmó que para ser objeto de protección frente a una amenaza a través de los procesos constitucionales, esta “debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan de una captación objetiva”.
80. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues se tiene que basar en hechos verdaderos; efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que se debe percibir de manera precisa; e ineludible, entendiendo que implicará irremediablemente una vulneración concreta.
81. Al respecto, en autos, obra el Oficio 01-2015 LEAR, con sello de recepción del 30 de enero de 2015 (folios 69 y 70), mediante el cual la demandante pone en conocimiento de la entidad que se encontraba en estado de embarazo.
82. Asimismo, obra también un documento que contiene la Convocatoria CAS 001-2015-DSRT (folios 84 a 88), la cual tenía como objeto la contratación administrativa de servicios de profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales, y personal administrativo, en la jurisdicción sanitaria de la Dirección Regional de Salud de Tumbes.
83. Si bien es cierto que en dicha convocatoria se requerían dos obstetras para el Centro de Salud de Pampa Grande, en el cual la demandante desempeñaba labores, para este Tribunal, esto no necesariamente implica un despido o falta de renovación. Conforme



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

a lo señalado líneas arriba, la demandante tenía contrato hasta el 28 de febrero de 2015 y la demanda se interpuso el 25 de febrero de 2015, por lo que mantenía aún una relación laboral a plazo determinado.

84. Debe tenerse presente que, según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo 1057, la entidad tiene la obligación de informar al trabajador la no prórroga o no renovación con una anticipación no menor de cinco días. De lo contrario, se entiende que la entidad tiene la intención de prorrogar el contrato administrativo de servicios.
85. Así las cosas, en autos, no obra documento alguno con el cual se pueda acreditar que al 25 de febrero de 2015 la entidad le había comunicado a la demandante su voluntad de no prorrogar dicho contrato; tampoco obra documento alguno en las actuaciones posteriores a la interposición de la demanda del que se pueda tener certeza de que efectivamente la relación laboral fue concluida.
86. Para la resolución del presente caso, es clave conocer cuál era la situación laboral de la demandante con la entidad demandada después del 28 de febrero de 2015, así como si se llegó a materializar la no renovación a forma de despido. Con mayor razón, si la demandada se encontraba embarazada y lo había comunicado, encontrándose bajo la especial protección dispuesta por el artículo 23 de la Constitución.
87. A propósito de esto, el Tribunal, mediante el Decreto del 16 de mayo de 2019, solicitó al director regional de Salud del Gobierno Regional de Tumbes que informe sobre la situación laboral de doña Lady Esther Apolo Rueda, quien hasta diciembre de 2014 laboraba como obstetra en el Centro de Salud Pampas del hospital, así como la documentación que tenga sobre su contratación. A la fecha, habiendo transcurrido más de un año, dicha entidad no ha cumplido con remitir dicha información y tampoco la demandante ha aportado documento adicional alguno.
88. A mayor abundamiento, cabe señalar que el 26 de febrero del 2020 se llevó a cabo la audiencia de vista de la causa, a la que no se presentaron ninguna de las partes.
89. Por lo expuesto, este Tribunal observa que la amenaza alegada por la recurrente no puede tomarse como cierta, en tanto que en autos no obra documento alguno que denote que, después de la última fecha en la que fue renovado su contrato, la entidad haya expresado la voluntad de no prorrogarlo.
90. De lo evaluado en autos, y conforme a los artículos 2 y 9 del Código Procesal Constitucional, la demanda debe declararse improcedente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

PONENTE MIRANDA CANALES

Lpderecho.pe



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Me encuentro de acuerdo con la posición expresada en el presente caso. Sin embargo, emito este fundamento de voto a fin de recordar que este Tribunal ha señalado en una anterior oportunidad que “las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional” [Expediente 01366-2013-PC/TC, fundamento 13].

Ello, naturalmente, alcanza también a las mujeres gestantes que se encuentran dentro de una relación laboral, cualquiera sea el régimen de cual se trate. Es por ello que, con acierto, este Tribunal ha precisado que las decisiones extintivas de las relaciones laborales basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indudablemente una discriminación directa por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución [Expediente 05031-2013-PA/TC, fundamento 15].

S.

RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia expedida en autos, discrepo de su fundamentación.

La demandante solicita que: i. cese la amenaza de despido del puesto que ocupa en el Centro de Salud de Pampas de Hospital; ii. se disponga que dicha plaza sea excluida del concurso convocado por la Dirección Regional de Salud Tumbes; y, iii. se proceda a renovar su contrato laboral.

Empero, a mi entender, nuestra Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta. 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 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

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

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

De otro lado, desde que la sentencia realiza el análisis de procedencia de la demanda en virtud del precedente Elgo Ríos (Expediente 02383-2013-PA/TC), me remito al voto singular que suscribí entonces. En él señalé que, en mi opinión, los criterios allí detallados generan un amplio margen de discrecionalidad, en perjuicio de la predictibilidad que requiere el estado de derecho.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

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:

1. En el presente caso, la demandante solicita que cese la amenaza a la violación de sus derechos fundamentales y que, en consecuencia, se deje sin efecto la convocatoria a concurso público de la plaza de obstetra que venía ocupando en el Centro de Salud de Pampas en la DIRESA de Tumbes. Asimismo, solicita que se proceda a renovar su contrato en la plaza que ocupaba.
2. La recurrente alega que su relación laboral se ha desnaturalizado, porque, desde que suscribió la última adenda que extendió su contrato hasta el 31 de diciembre de 2014, habría laborado sin contrato por 55 días. Aduce que fue víctima de una inminente amenaza de violación de su derecho a no ser discriminada por encontrarse en estado de gestación, pues, pese a haber comunicado a la entidad de su embarazo, esta habría convocado a concurso su plaza.
3. En el caso de autos, de los contratos administrativos de servicios obrantes de folios 48 a 66 se acredita que a la demandante se le renovó contrato hasta el 31 de diciembre de 2014. Sin embargo, se advierte que la actora continuó laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, sin suscribir contrato alguno hasta que, a través del Memorando 554-2015-GR-TUMBES-DRS-OEGYDRH, de fecha 30 de enero de 2015, la emplazada le comunica que su contrato será extendido hasta el 28 de febrero de 2015.
4. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que, en las sentencias recaídas en los Expedientes n.ºs 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la resolución recaída en el Expediente n.º 00002-2010-PI/TC, este Tribunal ha establecido que el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo) no le resulta aplicable al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización), lo cual es plenamente compatible con el artículo 27 de la Constitución.
5. Asimismo, este Tribunal ha señalado de forma reiterada que el hecho de que un trabajador contratado bajo el régimen CAS continúe laborando después del vencimiento del contrato sin que previamente se haya formalizado su prórroga o renovación no implica la desnaturalización del contrato administrativo de servicios, sino la prórroga automática del contrato, tal como lo establece el artículo 5. 2 del D. S. 065-2011-PCM.
6. Como puede apreciarse en el caso de autos, la continuidad laboral de la demandante



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

después del vencimiento del plazo contractual de ninguna manera implica la desnaturalización del contrato administrativo de servicios, sino que este se prorroga automática conforme a lo dispuesto en el Reglamento del Decreto Legislativo 1057.

7. Por otro lado, la recurrente, para acreditar la alegada amenaza de violación de su derecho a no ser discriminada por encontrarse en estado de gestación, ha adjuntado el Oficio 01-2015 LEAR (folios 69 y 70), mediante el cual pone en conocimiento de la entidad que se encontraba en estado de embarazo. Sin embargo, dicho documento solo permite advertir que la emplazada conocía de su condición de gestante, mas no acredita que la no renovación de su contrato administrativo de servicios obedezca a una razón discriminatoria basada en esta condición y no al vencimiento del contrato administrativo de servicios.
8. Por lo tanto, al no haberse acreditado la alegada vulneración y considerando que la emplazada no se encuentra obligada a renovar indefinidamente los contratos administrativos de servicios, lo que significaría una restricción a su potestad empleadora, corresponde desestimar la presente demanda.

Por estas consideraciones, votamos a favor de que se declare **INFUNDADA** la demanda de autos.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO POR DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA

Discrepo, respetuosamente, de la resolución de mayoría por la que se declara IMPROCEDENTE la demanda, en razón que considero que esta debe ser declarada FUNDADA por las razones que a continuación paso a exponer:

1. Con fecha 25 de febrero de 2015, doña Lady Esther Apolo Rueda interpuso demanda de amparo contra la Dirección Regional de Salud de Tumbes, aduciendo ser víctima de amenaza de cese de su relación laboral; amenaza que se habría producido con ocasión de la convocatoria a concurso público de la plaza de obstetra que ella ocupa, a pesar de haber venido laborando desde el 1 de mayo de 2007 (inicialmente mediante contratos de locación de servicios, después a través de contratos administrativos de servicios y finalmente sin contrato escrito), y a pesar de su condición de gestante.
2. En autos se encuentra acreditado que por Memorando 399-2015-GOB-REG-TUMBES-DRST-OEGYRH del 20 de enero de 2015 (f. 73), la parte demandada comunicó a la demandante su voluntad clara y cierta de no continuar con la relación laboral; e, inclusive, mediante el Memorando 554-2015-GR-TUMBES-DRS-OEGYDRH, le hizo saber que esta concluiría el 28 de febrero de 2015.
3. De otro lado, obra en autos el Oficio 01-2015 LEAR, con sello de recepción del 30 de enero de 2015 (folios 69 y 70), mediante el cual la demandante puso en conocimiento de la entidad que se encontraba en estado de embarazo.
4. Los mencionados hechos demuestran la existencia de una amenaza cierta e inminente de la parte empleadora de no renovar el contrato de la recurrente, pese a que conocía de su estado de gravidez y que los artículos 2, inciso 2, y 4 de la Constitución consagran una tutela reforzada para las mujeres gestantes en el ámbito laboral.
5. Dicha tutela exige, entre otros aspectos, brindarles estabilidad y seguridad laboral durante el periodo de gestación y de lactancia; garantía que se extiende a toda trabajadora del sector público y del sector privado que se encuentre en dicha situación, independientemente del régimen laboral al que pertenezca, por lo que, a mi juicio, corresponde estimar la demanda.

S.

BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con todo respeto por la posición de mis colegas, discrepo de la decisión suscrita por la mayoría de integrantes de este órgano colegiado. Al respecto, a diferencia de lo que aparece en la ponencia que me fue entregada, considero que la demanda debe declararse fundada en parte por las razones que paso a exponer seguidamente:

En el presente caso, el proyecto de sentencia suscrito por la mayoría considera que no existe una amenaza cierta e inminente porque la recurrente, al momento de interponer su demanda de amparo, no acreditó haber recibido una comunicación en la que la demanda le informe que no prórroga o no renueva su contrato administrativo de servicios, por lo que considera que no es del todo claro que se fuera a configurar a lesión que la demandante alegó.

En efecto, en el proyecto se sostiene que: “Para la resolución del presente caso, es clave conocer cuál era la situación laboral de la demandante con la entidad demandada después del 28 de febrero de 2015, así como si se llegó a materializar la no renovación a forma de despido”. Por cierto, el Tribunal solicitó información a la parte demandante para mejor resolver este punto, pero esta no cumplió con entregar lo indicado por este órgano colegiado.

En mi caso, discrepo de los argumentos suscritos por la mayoría. En primer lugar, considero necesario tener en cuenta que la recurrente, luego de interponer su demanda, tramitó su causa hasta esta sede y, por ende, me parece claro que se produjo la vulneración del derecho fundamental que estaba invocando como amenazado (En efecto: si hubiera seguido laborando, ¿qué sentido tendría llevar a su empleadora hasta esta sede?). En segundo lugar, y de manera complementaria a la anterior, encuentro en autos que la parte demandada fue notificada de la existencia de este proceso en diversos momentos y, no obstante que se apersonó debidamente, en ningún momento señaló que la recurrente había seguido laborando sin percances; y más aún, como ya fue indicado, jamás respondió al pedido de información formulado por este Tribunal sobre esa cuestión específica.

En tercer lugar, tenemos que la recurrente se encontraba en una posición especialísima, al tratarse de una madre trabajadora embarazada, por lo cual, como se ha reconocido de manera formal en la sentencia, era merecedora de una protección y atención especial por parte del Estado, lo que incluye a este Alto Tribunal (atención preferente que se desprende de lo establecido indubitadamente en el artículo 4 de la Constitución así como de copiosa y uniforme jurisprudencia de este mismo Tribunal). De este modo, si pese a todo lo señalado antes, todavía se mantuviera algún tipo de duda sobre el modo en que debería resolverse el fondo de este asunto, cuando menos tendría que haberse tomado en consideración el principio pro persona y, con base en ello, debería haberse emitido un fallo que tenga en cuenta aquello más favorable para la demandante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00096-2016-PA/TC
TUMBES
LADY ESTHER APOLO RUEDA

En el orden de ideas expuesto, considero entonces que, al haberse producido una vulneración de los derechos que fueron invocados, la demanda debió declararse fundada, pues finalmente se concretó la amenaza que la recurrente alegó en su demanda. Sin embargo, en la medida que la demandante solicitó además que se deje sin efecto la convocatoria a concurso público para una plaza equivalente a la que ella venía desempeñando, y dicho concurso ya se habría llevado a cabo, o ya habría agotado sus efectos, en atención al tiempo transcurrido, es claro que nos encontramos ante un supuesto de sustracción de la materia, por lo que se justifica un pronunciamiento de fondo tan solo con base en lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

En este sentido, con base a lo pretendido por la parte recurrente en la demanda y todo lo indicado supra, considero que la demanda debe declararse fundada en relación con la vulneración de los derechos invocados e improcedente respecto a la pretensión de que se deje sin efecto la convocatoria a un concurso público.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA