



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 669/2021

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC

CUSCO

MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de mayo de 2021, se reunieron los magistrados a efectos de pronunciarse sobre la demanda que dio origen al Expediente 03710-2019-PA/TC.

Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera votaron, en mayoría, de la siguiente forma:

51. En consecuencia, conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, y conforme a lo señalado en los fundamentos 27 a 43 del presente voto; se debe presumir que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo.
52. Por lo tanto, a nuestro juicio, corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda.
53. En ese orden de ideas, discrepamos del punto resolutivo 3 de la ponencia, en lo que respecta a la reposición de la recurrente como trabajadora a plazo indeterminado, así como de todas aquellas razones que sirven de sustento para tal orden. [...]

Por su parte, los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada votaron por declarar improcedente la demanda; mientras que los magistrados Blume Fortini (ponente) y Ramos Núñez votaron por declarar improcedente y fundada en parte la demanda.

Estando a lo previsto en el artículo 5, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual prescribe, entre otras cosas, que el Tribunal, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos; por lo que, se tiene que la sentencia se encuentra conformada por el voto conjunto de los magistrados Ledesma Narváez, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza 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 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVÁEZ, MIRANDA CANALES Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el mayor respeto por la ponencia de nuestro colega magistrado, formulamos el presente voto singular, pues discrepamos del punto resolutivo 3, en lo que respecta a la reposición de la recurrente como trabajadora a plazo indeterminado, así como de todas aquellas razones que sirven de sustento para tal orden, por los argumentos que exponemos a continuación.

Procedencia de la demanda

1. 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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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).
2. 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 lactante. Por 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 el idóneo para resolver la controversia de autos.
 3. 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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

La participación de las mujeres en el sector público

4. De acuerdo a SERVIR, en el año 2019 el sector público contaba con alrededor de 1 millón 454 mil servidores, de los cuales 47% eran mujeres.¹ La presencia de la mujer en el servicio civil aumentó de 43% a 47% durante el periodo 2004-2019. Hoy, en el sector público, prácticamente 5 de cada 10 servidores son mujeres, frente a 3 de cada 10 en el sector privado formal.²
5. Como dato adicional, la participación de las mujeres en el empleo público según régimen laboral se divide en el siguiente esquema: i) un 35% de las servidoras públicas están empleadas en los regímenes de carreras especiales (diplomáticos, docentes, profesores, médicos, etc); ii) un 21% se encuentra empleada bajo el régimen establecido por el Decreto Legislativo 276; iii) mientras que el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) rige al 20% de servidoras públicas; entre otros.³
6. 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 particular, en el presente caso se 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. Y es que, 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 laboral.⁴
7. Esta realidad parte de cosmovisiones del mundo clásicas de la sociedad y la familia que se vieron reflejadas en el desarrollo y evolución del derecho del trabajo. De esta forma, la tendencia mundial hegemónica hasta fines del XIX y comienzos del

¹ SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2021. SERVIR. p. 6. Disponible en: [https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2021.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202021.pdf) (consultado el 09 de marzo de 2021).

² SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2021. SERVIR. p. 5. Disponible en: [https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2021.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202021.pdf) (consultado el 09 de marzo de 2021).

³ SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2021. SERVIR. p. 11. Disponible en: [https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2021.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202021.pdf) (consultado el 09 de marzo de 2021).

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/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_220030.pdf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

siglo XX fue la de prohibir el trabajo remunerado de las mujeres en ciertas situaciones, no solo por razones de maternidad o la presunta menor fuerza física de la mujer sino por la mentalidad de la época, que la consideraba menos "preparada" que el varón para los trabajos intelectuales y las funciones públicas.

8. En esa medida, la legislación laboral enfatizó el rol de la mujer en el hogar como esposa y madre desincentivando, a su vez, 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 ámbito laboral. Ello exige tomar en consideración situaciones objetivas especiales como la maternidad, que evidentemente ameritan una protección distinta (reforzada).
9. Específicamente, sobre la situación de la maternidad, la Organización Internacional del Trabajo 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.

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

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

11. La Norma Fundamental establece disposiciones que tutelan la situación de maternidad de las trabajadoras.
12. 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". Igualmente, el artículo 26 inciso 1 de la Constitución establece que en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

la relación laboral se respeta el principio de *"Igualdad de oportunidades sin discriminación"*.

13. 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:

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.

14. En ese entendido, queda claro que el despido de las trabajadoras atendiendo a su condición de madres o por situaciones vinculadas con el ejercicio de la maternidad (como es el caso de la lactancia) configuran una vulneración al principio de igualdad de trato en el ámbito laboral.
15. 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 (...)"*.
16. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC ha señalado lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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).
17. Asimismo, se puede observar también 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.
18. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y salud de las mujeres y el derecho a la salud del niño o niña; 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.
19. 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 en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, 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).
20. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de 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 en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

de su centro de labores, 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 que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).

21. 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, también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.
22. 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).
23. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta 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 N° 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 N° 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° período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).
24. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

Sólo 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.

25. De lo señalado en los fundamentos *supra*, se puede observar que este Tribunal es consciente que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que por tanto merecen una protección reforzada, de tal forma que sus derechos en el ámbito laboral no se vean vulnerados.
26. En este sentido, no queda duda alguna que existe una obligación del Estado que emana de la Constitución que 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 del régimen CAS

27. 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:

"Cuando 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" [énfasis agregado].

28. 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 [énfasis agregado].

29. En ese sentido, el régimen CAS ya reconoce beneficios a las trabajadoras que se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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 al mismo gocen de los derechos fundamentales inherentes a su condición de madres, los que, como hemos visto, tienen protección constitucional.

30. Al respecto, cabe señalar que en la sentencia del Expediente 00976-2001-PA/TC (fundamento 15.a), el Tribunal Constitucional señaló que el despido nulo sucede – entre otros supuestos– cuando:
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su *sexo*, raza, religión, opción política, etc.
 - Se despide a la trabajadora por su *estado de embarazo* (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).
31. Ahora bien, en el régimen del CAS, en principio no podría producirse un despido nulo, porque se ha entendido que este está restringido al régimen de la actividad laboral privada pues así ha sido regulado en el D.L. 728; a diferencia del D.L. 1057 en el que los trabajadores están sujetos a una contratación temporal.
32. Sin embargo, la posibilidad de que pueda producirse un despido nulo en el régimen CAS debe ser reinterpretada 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.
33. 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.
34. Consideramos que, en estos casos, 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 en dicho estado.
35. Así pues, tras haber tomado 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

36. Ahora bien, no se puede obviar que el despido no es la única forma de terminar una relación laboral en el régimen del D.L. 1057, pues esta situación también se puede materializar con la no renovación del contrato. Por lo que, 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.
37. Asimismo, conforme a lo señalado en los fundamentos 28 a 31 del presente voto, esta protección debe también cubrir el periodo de lactancia, el que, como se analizó precedentemente, por mandato legal es hasta que el hijo/a haya cumplido un año.
38. De no ser así, existiría una lectura contradictoria de las disposiciones del régimen CAS con la Constitución: por un lado, se garantizaría que las trabajadoras puedan ejercer derechos vinculados con 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 vinculados a la maternidad.
39. Si bien es cierto que, el Decreto Legislativo 1057 no restringe la potestad del empleador para dejar de renovar los contratos administrativos de servicios, también es cierto que, 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 esté vinculada únicamente al estado de maternidad de la trabajadora.
40. 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.
41. Por otro lado, si bien este Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del régimen CAS de manera abstracta y general (Exp. 0002-2010-PI/TC), ello no quiere decir que la aplicación de dicha norma al caso concreto no pueda ser inconstitucional. Como ya se señaló anteriormente (STC. Exp. 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** [énfasis agregado]*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

42. De tal manera que, entre resguardar la potestad del empleador de no renovar el contrato administrativo de servicios 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.
43. Cabe precisar además 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 bajo el régimen CAS).

Análisis de la controversia

44. En líneas generales, la recurrente alega haber sido víctima de hostigamiento laboral durante su período de lactancia (1 de octubre de 2015 al 16 de julio de 2016). Asimismo, sostiene que continuó laborando luego de la fecha de vigencia de su contrato administrativo de servicios, esto es, 30 de junio de 2016; fecha en la que posteriormente se le impediría ingresar a su centro de labores, al ser retirada del sistema de control de asistencia. Por ello, afirma que pese a que se le comunicó la no renovación de su contrato, es evidente que continuó laborando, aun cuando no se le pagaban sus haberes. En ese sentido, alega que se utilizó el término del plazo del contrato CAS para encubrir un despido discriminatorio motivado por su condición de madre lactante. Señala que han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.
45. De autos se puede apreciar los contratos administrativos de servicios obrantes de folios 30 a 44, con lo cual queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado regulado por el Decreto Legislativo 1057, que debió culminar al vencer el plazo de duración establecido por las partes, esto es, el 30 de junio de 2016, conforme lo señala el literal h) del numeral 13, inciso 1 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.
46. Sin embargo, en la demanda se alega que ello no habría sucedido, por cuanto la demandante estuvo laborando después de la fecha del vencimiento del plazo del contrato administrativo de servicios (f. 44). Este hecho se encuentra acreditado con el Memorandum 98-2016-UGPH-HAL, de fecha 1 de julio de 2016, así como del Memorandum 418-DRSC-HAL/D-2016, de fecha 13 de julio de 2016; por tanto, se concluye que la recurrente laboró luego de la última renovación de su contrato CAS.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

47. Es importante señalar que el artículo 5 del Reglamento del D.L. 1057, establece 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.

48. Este Tribunal Constitucional ya ha señalado que el contrato administrativo de servicios se prorroga de manera automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios. Ello no significa que dicho contrato se convierta en uno de duración indeterminada; sino que operó la prórroga automática a la que se refiere en el artículo 5 del Reglamento del D.L. 1057. Por lo tanto, queda acreditado que la demandante mantenía una relación laboral bajo el régimen CAS a la fecha del despido.
49. De autos, a fojas 83, obra la Resolución Administrativa 137-2015-HAL/UGPH, de fecha 7 de julio de 2015, que resuelve conceder licencia por maternidad a la recurrente; asimismo, de fojas 86 se desprende la Resolución Administrativa 217-2014-HAL/UP, de fecha 7 de octubre de 2015, que concedió el permiso de 1 hora diaria por lactancia desde el 1 de octubre de 2015 al 16 de julio de 2016 dentro de la jornada laboral. Ambos documentos fueron transcritos a la accionante, así como a las áreas respectivas, siendo una de ellas el área de control de asistencia y permanencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

50. En ese sentido, queda claro que la entidad tenía pleno conocimiento de la condición de la recurrente durante el período de vigencia y sucesivas prórrogas del contrato. Cabe indicar, además, que del escrito de contestación de la emplazada, de fecha 10 de agosto de 2016, así como de la contestación por parte de la procuradora pública regional del Gobierno del Cusco, se observa que no se ha podido dar razón alguna que acredite que la no renovación haya obedecido a causa diferente a su condición de madre lactante.
51. En consecuencia, conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, y conforme a lo señalado en los fundamentos 27 a 43 del presente voto; se debe presumir que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo.
52. Por lo tanto, a nuestro juicio, corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda.
53. En ese orden de ideas, discrepamos del punto resolutivo 3 de la ponencia, en lo que respecta a la reposición de la recurrente como trabajadora a plazo indeterminado, así como de todas aquellas razones que sirven de sustento para tal orden. Y es que, resulta discutible la figura de la desnaturalización en los contratos suscritos al amparo del Decreto Legislativo 1057 y modificatorias, pues tal regulación no prohíbe contratar por labores de naturaleza permanente, como sí ocurre en los contratos de locación de servicios, que pueden ser utilizados de manera fraudulenta en razón, entre otro, de las labores que se pretende realicen los comitentes (cfr. STC 00002-2010-PI/TC, fundamento 36).
54. Además, cabe recordar que en el proceso de amparo no corresponde analizar si, con anterioridad a la suscripción de los contratos administrativos de servicios, los diversos contratos que habría suscrito la parte demandante fueron desnaturalizados, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituiría un período independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional (cfr. por todas la STC 01994-2016-PA/TC).

Del estado actual de la protección de las mujeres en estado de maternidad

55. Sin perjuicio 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

56. El artículo 25 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁵ 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.

57. Asimismo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

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.

58. Además, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen que:

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.

59. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶ en su 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

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

⁶ Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley N° 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 mismo que fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario. Vigente desde el 28 de julio de 1978.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, **a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social** [énfasis agregado].

60. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁷ parte en su artículo 1 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.
61. Mientras que en su artículo 11 inciso 2, dicho tratado establece disposiciones específicas dirigidas a proteger la situación de maternidad de las mujeres en el ámbito laboral, entre los 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 [énfasis agregado].
62. De otro lado, desde 1919 la OIT ha adoptado tres convenios relativos a la protección de la maternidad (el Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad de 1919, el Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad de 1956 y el Convenio núm. 183 sobre la protección a la maternidad del 2000). Al

⁷ Suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa N° 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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 al mismo. Por 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 OIT se han hecho cada vez más exhaustivos en cuanto a la amplitud de la protección que debe ofrecerse.⁸ 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.

63. Ello evidencia la importancia que tiene el 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 analizar el mismo en detalle.

Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

64. El mencionado Convenio de la OIT fue aprobado por esta organización el 30 de mayo del 2000 y ratificado por el Estado peruano mediante 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.

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 a las condiciones de trabajo y del empleo. p. 67.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

65. El Convenio 183 OIT tiene por objetivo garantizar la igualdad de oportunidades para todas las madres trabajadoras. En esa medida, parte de señalar en su artículo 2 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 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.
66. 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.

67. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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.

68. 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:
- a) Cuando esté embarazada.
 - b) Durante el goce de su licencia maternal o licencia en caso de enfermedad o complicaciones, o
 - c) Después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional.
69. Ello no quiere decir, claro está, que la mujer trabajadora que esté en las situaciones señaladas precedentemente no pueda ser finalmente despedida. Y es que el artículo en mención es claro al señalar que es posible que se produzca el despido siempre y cuando éste ocurra por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Al respecto, y de acuerdo a la legislación comparada, los casos en los que se puede invocar de manera legítima el despido, aun dentro del 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; c) trabajo para otra empresa durante el periodo de licencia; etc.⁹
70. Adicionalmente, 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 (artículo 8.2 del Convenio 183 OIT).
71. Cabe señalar que el Convenio 183 de la OIT ha sido ratificado por el Perú con la Resolución Legislativa N° 30312 con fecha 21 de marzo de 2015 por lo que sus disposiciones surten todos sus efectos de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la Constitución que establece que *“Los tratados celebrados por el Estado y en*

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 a las condiciones de trabajo y del empleo. Segunda Edición. 2010, p. 75.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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”, no queda sino convenir en que los contenidos anteriormente señalados resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.

72. En este sentido, a partir de esta fecha las reglas que se señalan en este tratado, referidos al despido de mujeres embarazadas, y que están en armonía con el artículo 23 de la Constitución deben ser tomadas en cuenta por todos los operadores tanto en el ámbito público como privado.
73. 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, como consecuencia ha aprobado diversas normas de rango infraconstitucional efectivizando este mandato de protección.
74. 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.

75. Por su parte, la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 27 de diciembre de 2017, señala en su artículo 6 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

se encuentren embarazadas o en **período de lactancia** en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad [énfasis agregado].

76. 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 hijo o hija cumpla 1 año.¹⁰ Este Tribunal considera que el periodo de lactancia constituye una manifestación del ejercicio de la maternidad, lo que explica que tanto la Constitución como la ley brinden medidas afirmativas especiales a las trabajadoras que presenten dicha situación.
77. 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, 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 en razón 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, da lugar a la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento.
78. De forma resumida, desde la entrada en vigencia del Convenio 183 en el Perú y asimismo, 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.

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.

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 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

LPDERECHO.PE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, por las siguientes consideraciones.

La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido arbitrario; además, se menciona que dicho despido fue motivado por su condición de trabajadora en periodo de lactancia.

Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que, en las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 00002-2010-PI/TC y N.º 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 reparatoria (indemnización), lo cual es plenamente compatible con el artículo 27 de la Constitución.

Respecto a la solicitud de la demandante de que se declare nula la convocatoria CAS 001-2016-GR-CUSCO-DIRESA/HAL, debemos señalar que esta controversia debe ser resuelta en una vía procesal igualmente satisfactoria como lo es el proceso contencioso-administrativo.

De los contratos administrativos de servicios (ff. 30 a 44) y el Memorandum 418-DRSC-HAL/D-2016, de fecha 13 de julio de 2016 (f. 89), queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado regulado por el Decreto Legislativo 1057, que debió culminar al vencer el plazo de duración establecido por las partes, esto es, el 30 de junio de 2016, conforme lo señala el literal h) del numeral 13 inciso 1 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.

Sin embargo, en la demanda se alega que ello no habría sucedido, por cuanto la demandante ha venido laborando después del 30 de junio de 2016 (f. 155). Este hecho se encuentra acreditado con el Oficio 009/2016-HAL-UTLI, de fecha 15 de julio de 2016 (f. 103) y el Oficio 015-2016-GRC-DRSC-HAL/DP, de fecha 25 de agosto de 2016 (f. 153), de los que se concluye que la recurrente laboró luego del último CAS.

Al respecto, la demandante considera que al haber prestado servicios sin contrato firmado se desnaturalizó su contratación CAS, por lo que corresponde su incorporación al régimen laboral del Decreto Legislativo 276 (f. 160).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

Sobre este punto, este Tribunal ha afirmado en reiterada jurisprudencia que el contrato administrativo de servicios se prorroga de manera automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios. Ahora bien, esto no significa que dicho contrato se convierta en uno de duración indeterminada, como lo ha señalado la actora, pues el artículo 5 del Decreto Supremo 075-2008-PCM prescribe expresamente que la “duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación”. Este parecer, por cierto, se encuentra actualmente reconocido en el artículo 5 inciso 2 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, que fue incorporado por el Decreto Supremo 065-2011-PCM.

De ese modo, cuando se termina la relación laboral sin que se presente alguna de las causas de extinción del contrato administrativo de servicios, se genera el derecho a percibir la indemnización prevista en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1057 y sus normas reglamentarias.

Es preciso señalar que el hecho de que un trabajador continúe laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios constituye una falta administrativa que debe ser objeto de un procedimiento disciplinario, a fin de que se determine las responsabilidades previstas en el artículo 7 del Decreto Legislativo 1057, pues dicho hecho contraviene el procedimiento de contratación previsto en el artículo 3 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.

Ahora bien, en relación con lo afirmado por la demandante, esto es, que su no continuidad laboral está relacionada con su condición de madre trabajadora en periodo de lactancia; conviene precisar lo estipulado en la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, en cuyo artículo 6 establece 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 despidiera 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.

A mayor abundamiento, en el Informe Técnico 258-2018-SERVIR/GPGSC, de fecha 19 de febrero de 2018, emitido por la gerente (e) de políticas de gestión de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, se concluyó lo siguiente respecto a los contratos administrativos de servicios:

La prohibición de no renovar el contrato de una servidora (bajo cualquier régimen) conforme a lo señalado en el artículo 6º de la Ley N° 30709, es aplicable cuando la razón de la no renovación se base en su condición de embarazo; por tanto, sólo en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

aquellos supuestos en los cuales se demuestre que la no renovación del contrato se debió al estado de gravidez de la servidora, se configura lo dispuesto en la norma citada; caso contrario, no se estaría configurando una causal discriminatoria y sería válida la no renovación al vencer el plazo del contrato CAS, conforme a lo establecido en el artículo 5º del Decreto Legislativo N° 1057

En ese sentido, en el presente caso no hay indicio alguno que haga presumir que la no renovación del contrato de la actora se deba a su condición de trabajadora en periodo de lactancia, pues incluso en autos obra la Resolución Administrativa 137-2015-HAL/UGPH, de fecha 7 de julio de 2015, de la cual se observa la concesión a favor de la demandante de la licencia de maternidad y la Resolución Administrativa 217-2014-HAL/UGPH, de fecha 7 de octubre de 2015, que le otorga en vía de regularización una hora diaria por lactancia del 1 de octubre de 2015 al 16 de julio 2016 (ff. 83 a 86). Por lo que, mal podría concluirse que el cese laboral de la demandante se haya debido a una decisión motivada en su condición de madre trabajadora en periodo de lactancia. En consecuencia, no cabe estimar la demanda de amparo interpuesta por la recurrente.

Por lo expuesto, al no haberse acreditado en autos un despido nulo por violación de la libertad sindical, paso a exponer mi posición sobre la estabilidad laboral en la Constitución y el despido denominado 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 porqué 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 legislativo¹¹.

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

¹¹ 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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 justa¹².

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

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).
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

¹² Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de **ordenar el pago de una indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].

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 indemnización¹³.

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

¹³Este 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 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

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

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

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

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de 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 urgente¹⁴.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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

S.

FERRERO COSTA

LPDERECHO.PE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la ponencia.

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 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

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 más de veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Tampoco cambia las cosas el pretender justificar el cumplimiento de deberes estatales establecidos en el artículo 23 de la Constitución con interpretaciones de esta naturaleza. En la perspectiva constitucional, el Estado debe fomentar el empleo productivo.

Esta obligación no se suprime en una emergencia sanitaria. Las medidas para hacerle frente a una emergencia sanitaria deben ser idóneas, razonables y proporcionales. No puede suprimirse el derecho al trabajo de las personas si no es estrictamente necesario hacerlo.

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 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

VOTO DE LOS MAGISTRADOS BLUME FORTINI Y RAMOS NÚÑEZ

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Mildred Brígida Lovatón Ramos contra la resolución de fojas 418, de fecha 15 de agosto de 2019, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de julio de 2016, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Hospital Antonio Lorena de Cusco, solicitando: a) la nulidad del concurso público CAS 001-2016 y nulos todos los actos administrativos destinados a la contratación e ingreso de personal al hospital emplazado; y b) la ineficacia del Memorandum 418-DRSH-HAL/D-2016, de fecha 13 de julio de 2016, por el cual se dispone la culminación de su relación laboral CAS desde el 31 de junio de 2016.

Manifiesta que laboró mediante contratos por terceros y contratos administrativos de servicios (CAS) desempeñando el cargo de médico en el servicio de la Unidad Ejecutora 403. Refiere que la emplazada convocó el concurso público 01-2016 para la contratación de servidores bajo el régimen CAS, con lo cual se transgrede la Ley 30464, que permite la habilitación de presupuesto para el financiamiento de los contratos CAS vigentes al 31 de diciembre de 2015, para que los servidores activos – como es su caso – puedan acceder al nombramiento conforme lo prevé la Ley 30372.

Arguye que si bien se encuentra efectuando labores en el hospital emplazado, se pretende cesarla por su condición de madre lactante. Manifiesta que ha sido objeto de hostigamiento laboral primero por su embarazo y luego por ser madre lactante. Además, indica que con fecha 13 de julio de 2016, la subdirectora del hospital emplazado comunicó a la Unidad de Leucemia Infantil que la recurrente ya no laboraba en la institución desde el 1 de julio de dicho año, pese a que, en los hechos, contaba con un rol de turnos para laborar durante el mes de julio de 2016.

El director del hospital emplazado contesta la demanda expresando que las alegaciones de la demandante referentes a la fraudulencia del concurso CAS 001-2016-GR-CUSCO-DIRESA/HAL son subjetivas, pues no han sido demostradas mediante medios probatorios idóneos. Refiere que la emplazada estuvo sujeta a un contrato administrativo de servicios (CAS), bajo los alcances del Decreto Legislativo 1057, por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

lo que al vencer su último contrato se optó por no renovarlo; hecho que no implica el desconocimiento o vulneración de los derechos constitucionales de la demandante.

La procuradora pública regional deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda. Expone que no se advierte fundamento que sustente la pretensión interpuesta por la actora.

El Primer Juzgado Mixto de Santiago, mediante auto de fecha 2 de junio de 2017, declara infundada la excepción planteada y saneado el proceso. Posteriormente, mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2018, declara improcedente la demanda de amparo. Considera que la demandante estaba sujeta a un contrato CAS, por tanto, ante la culminación de su contrato se produjo la conclusión de su vínculo laboral. Agrega que ello no forma parte del contenido esencialmente protegido del derecho constitucional al trabajo, por lo que la demanda se encuentra incurso en el artículo 5, inciso 1) del Código Procesal Constitucional. Además, estima que la pretensión de la actora debe ser ventilada en otra vía procesal, en aplicación del artículo 5, inciso 2) del mismo cuerpo normativo.

La Sala Superior competente confirma la apelada por estimar que la pretensión de la demanda está dirigida a declarar la nulidad de las actuaciones administrativas desplegadas en el marco de una contratación administrativas de servicios, que habrían incidido en la relación laboral que la demandante mantuvo con la emplazada, hasta el extremo de haberla despedida; cuestión que puede ser materia del proceso contencioso administrativo.

FUNDAMENTOS

Procedencia de la demanda

1. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Tribunal estima necesario pronunciarse sobre una cuestión procesal previa, referida a la calificación de improcedencia que ha sido decretado por las instancias precedentes. En efecto, tal como se aprecia de las resoluciones que obran en autos, tanto el *a quo* como el *ad quem* han declarado improcedente la demanda de amparo.
2. Ello es así pues ambas instancias han considerado que la controversia suscitada en el presente caso deber ser materia de un proceso ordinario y no está relacionada con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. Al respecto, debe mencionarse que las pretensiones contenidas en el escrito de demanda son las siguientes: a) la nulidad del concurso público CAS 001-2016 y nulos todos los actos administrativos destinados a la contratación e ingreso de personal al hospital emplazado y b) la ineficacia del Memorandum 418-DRSH-HAL/D-2016, de fecha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

13 de julio de 2016, por la cual se informa que la culminación de su relación laboral CAS será efectiva desde el 31 de junio de 2016.

3. En lo concerniente a la primera pretensión dirigida a cuestionar la convocatoria del concurso público CAS 001-2016-GR-CUSCO-DIRESA/HAL, este Tribunal debe precisar que esta controversia no corresponde ser resuelta en presente proceso de amparo, pues existe una vía procesal igualmente satisfactoria, como lo es el proceso contencioso-administrativo, donde podrá ventilarse. Debe recordarse que el referido proceso ha sido diseñado con la finalidad de ventilar pretensiones como la planteada por la demandante en el presente caso, de acuerdo con lo previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley 27584.
4. Por otro lado, la segunda pretensión está dirigida a impugnar el Memorandum 418-DRSH-HAL/D-2016 de fecha 13 de julio de 2016, por el cual se comunica a la actora la culminación de su relación laboral CAS que se efectuaría el 31 de junio de 2016. En lo concerniente a ello, debe señalarse que la recurrente ha manifestado en su demanda que, pese a que se encontraba prestando labores luego de la fecha de su último contrato CAS (esto es, luego del 31 de junio de 2016), existe aún la amenaza de ser cesada relacionada directamente con su condición de madre lactante de un menor de edad (f. 116). Posteriormente, mediante escrito que obra a fojas 154, la demandante informó que, con fecha 1 de setiembre de 2016, fue despedida.
5. Tomando ello en consideración, este Tribunal estima que esta segunda pretensión debe ser dilucidada en el presente proceso constitucional. Más aún, si la demandante ha manifestado que su cese estaría vinculado con su condición de madre lactante de un menor de edad.
6. En ese orden ideas, en el presente caso la vía del proceso de amparo es la idónea para resolver la controversia planteada en autos, por cuanto la demandante alega que su cese se encontraría vinculado a su condición de trabajadora en periodo de lactancia; lo que contravendría, en principio, el derecho reconocido inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política. Por ello, este Tribunal considera que en el caso de autos subyace una controversia de relevancia constitucional.

Delimitación del petitorio de la demanda

7. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando; además, se menciona que dicho despido fue motivado por su condición de trabajadora en periodo de lactancia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

8. Al respecto, este Tribunal estima necesario realizar un análisis del caso a la luz no solo de la legislación vigente, sino de los derechos constitucionales que asisten a la madre trabajadora en periodo de lactancia.

El derecho a la especial protección de la madre trabajadora

9. En la Sentencia 01272-2017-PA/TC, publicada el 7 de marzo de 2019, este Tribunal desarrolló profusamente un caso relativo al goce del periodo de lactancia de una madre trabajadora. Se ha dicho que el derecho a gozar el permiso de lactancia no se encuentra enumerado en la Constitución, lo cual no quiere decir que carezca de sustento constitucional.
10. En ese sentido, el permiso por lactancia es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos constitucionalmente, que adquiere especial relevancia debido a los diversos principios que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la madre, la madre trabajadora y la familia. Al respecto, se puntualizó que nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud, que comprende la dimensión reproductiva, así como la salud del medio familiar (artículo 7); asimismo, se reiteró que la decisión de ser madre, junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva, está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución.
11. Además, en la sentencia emitida en el expediente 01272-2017-PA/TC, este Tribunal ha expresado que lo que se busca a través de los derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y a la salud de las mujeres, así como el derecho a la salud del niño o niña, sino que no haya conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales (fundamento 22)
12. También se ha destacado que el artículo 4 de la Constitución establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, a la madre y a la familia, y que, además, dispone la promoción de la paternidad y maternidad responsables (artículo 6), así como el deber del Estado de brindar atención prioritaria al trabajo, y de manera específica, protección especial a la madre que trabaja (artículo 23). En similar sentido, el artículo 24.1.d de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por las Naciones Unidas y ratificada por el Perú) establece que los estados partes deben «[a]segurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres».
13. También se determinó que si bien la Constitución no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, es claro que el legislador, considerando la existencia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

de los derechos ya señalados y cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos que garanticen a la gestante poder llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la recuperación de su condición física pregestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido.

14. Para este Tribunal queda claro que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional, y que tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre y postnatal, así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia. Se ha precisado además que la titularidad de este derecho no corresponde a la mujer en cuanto tal, sino solo en la medida que haya concebido, y resulta exigible precisamente desde ese momento.
15. Por ende, el derecho a gozar del permiso por lactancia, cuya amplitud y condiciones fueron normadas por la Ley 27591 –Ley que otorga permiso por lactancia materna–, como consecuencia de la exigencia constitucional de protección a la madre trabajadora gestante, constituye un mecanismo tendiente a garantizar la salud de la madre, la del menor y a afianzar el vínculo materno filial. Asimismo, permite armonizar las responsabilidades propias de la naturaleza biológica con las de índole laboral.
16. En el contexto descrito, el Tribunal concluyó que el derecho a gozar del derecho por lactancia constituye, claramente, un contenido implícito de los derechos a la salud reproductiva y a la salud del medio familiar, que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a la madre trabajadora.

Consideraciones sobre el derecho al trabajo y el contrato administrativo de servicios

17. El artículo 22 de la Constitución establece que “[e]l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; mientras que el artículo 27 preceptúa que “[l]a ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
18. El Tribunal Constitucional mediante las sentencias recaídas en los expedientes 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, y en la resolución emitida en el expediente 00002-2010-PI/TC, declaró la constitucionalidad del régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, pues consideró que guardaba conformidad con el artículo 27 de la Constitución Política.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

19. La constitucionalidad del régimen especial de contratación administrativa de servicios plasmada en la sentencia emitida en el expediente 00002-2010-PI/TC se sustenta entre otros fundamentos en que:

“(…) este sistema de contratación laboral es sustitutorio del sistema civil de contratación de locación de servicios, también conocido como de servicios no personales –regulado por el artículo 1764º y siguientes del Código Civil–, siempre que se advierta la desnaturalización de dicho contrato. Esto no significa que el Estado no pueda recurrir a los contratos de locación de servicios, cuando por la naturaleza de la actividad a desarrollar, ello se justifique; lo que se proscribe es recurrir a este sistema de contratación, para actividades que importan la existencia de un vínculo laboral.

36. En efecto, el contrato de locación de servicios podía ser utilizado fraudulentamente, en razón de las labores que se pretendía realicen los comitentes –que podían ser de naturaleza permanente–, o por la duración de estos contratos –cuya extensión los desnaturalizaba–, sin que por ello se respetara el goce o acceso a ningún derecho constitucional de naturaleza laboral”.

(Fundamentos 35 y 36).

20. Por ello, de presentarse situaciones en las que claramente se demuestre que el desarrollo de la actividad laboral anterior a la suscripción de un contrato CAS era de naturaleza permanente y la prestación de servicios al suscribir un contrato CAS eran similares o iguales, no puede asumirse como constitucional ni legal, desconocer la desnaturalización de la relación laboral del trabajador aludiendo a un supuesto cambio de régimen laboral, pues ello nos llevaría a convalidar un uso fraudulento del contrato CAS, negando que las labores desarrolladas por el trabajador fueron de naturaleza permanente, avalando la disminución de los derechos laborales que le corresponden, lo que lesiona el derecho al trabajo al convertir en ineficaz la garantía judicial para su defensa en sede interna y descartar el análisis conjunto de la situación laboral de los servidores sometidos a este tipo de contratación, como un supuesto válido de ser reclamado a través del proceso de amparo, vía procedimental idónea para la tutela de los derechos fundamentales, como lo es el derecho al trabajo.
21. Cabe precisar también, que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto Legislativo 1057, modificado por la Ley 29849, "[e]l Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 tiene carácter transitorio", es decir, que el propio Estado reconoce normativamente que este tipo de contratación laboral, es solo una forma temporal de respuesta al caos de la contratación pública que hoy se encuentra en proceso de extinción, en la medida que de acuerdo con la Ley del Servicio Civil (Ley 30057), el Estado busca reorganizar el sistema laboral público a fin de equiparar los derechos laborales de todos los trabajadores que tiene a su cargo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

22. Es importante mencionar que el principio de efectividad progresiva previsto en el numeral 1) del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Como es de verse, el citado principio internacional reconoce a los Estados parte del Pacto, que existen dificultades presupuestarias que impiden garantizar la plena efectividad de los derechos sociales; sin embargo, también exige de ellos el mayor esfuerzo para alcanzar su máxima eficacia y concreción.

23. El 9 de marzo de 2021, se publicó la Ley 31131, que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, disponiendo, entre otras cosas, la extinción del régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo 1057. En dicha norma legal, se ha dispuesto el inicio del proceso de incorporación laboral a los regímenes laborales 728 y 276, del personal CAS que ingresó a trabajar a alguna entidad pública por concurso público y que venía desarrollando labores de carácter permanente por mínimo 2 años continuos o 3 años discontinuos, a la fecha de publicación de dicha ley. Dicho proceso de incorporación, de acuerdo al orden de prelación que la ley establece, deberá concretarse en el plazo de 5 años, y sin que ello implique mayor gasto presupuestal
24. Sobre tal norma legal, no cabe aquí efectuar una evaluación sobre su constitucionalidad, basta decir que pese a haberse regulado tal proceso de incorporación laboral bajo ciertos parámetros, el presente caso cabe evaluarse a la luz del principio de primacía de la realidad.

Análisis del caso

25. En el presente caso, la parte demandante invoca como lesionado su derecho al trabajo producto de un acto de discriminación por razón de su sexo, por haber sido cesada pese a encontrarse ejerciendo su periodo de lactancia. Asimismo, señala que no podía extinguirse su relación laboral por vencimiento de contrato, dado que se encontraba desnaturalizada por haber estado prestando labores de naturaleza permanente.
26. En primer término, de la constancia de fecha 1 de enero de 2015 (f. 149) y de los informes de actividades y pedido de servicios (ff. 48 a 53) se aprecia que la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

demandante prestó servicios para el Hospital Antonio Lorena de Cusco, a través de contratos de locación de servicios del mes de julio a diciembre de 2014, ocupando el cargo de médico asistencial en la Unidad de Tratamiento de Leucemia Infantil – Onco-Hematología. Del mismo modo, de los contratos administrativos de servicios (ff. 30 a 44) y del Memorándum 418-DRSC-HAL/D-2016, de fecha 13 de julio de 2016 (f. 89), se advierte que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado regulado por el Decreto Legislativo 1057, ocupando el cargo de médico en el Departamento de Onco-Hematología, desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2016, fecha en la cual vencía el plazo contractual establecido en el último contrato suscrito por las partes. Asimismo, de autos se desprende que la recurrente habría continuado prestando servicios en el hospital demandado después de la fecha de vencimiento de su último contrato y hasta el 1 de setiembre de 2016, conforme se aprecia del Oficio 009/2016-HAL-UTLI, de fecha 15 de julio de 2016 (f. 103), el Oficio 015-2016-GRC-DRSC-HAL/DP, de fecha 25 de agosto de 2016 (f. 153), y la constatación policial de fecha 1 de setiembre de 2016 (f. 150). Es decir, prestó servicios de manera interrumpida por un lapso de 2 años y 2 meses y cumpliendo las mismas funciones a lo largo de todo su periodo laboral (médico en el Hospital Hospital Antonio Lorena de Cusco). Aunado a ello, el material probatorio da cuenta que en dicha relación contractual prestaba servicios personales, subordinados y remunerados.

27. Como es de verse, la prestación de servicios de la accionante, no guarda coherencia con una labor de la naturaleza temporal, como lo señalaban los objetos de los contratos que suscribió la demandante, pues las funciones que desarrolló como médico son de naturaleza permanente, razón por la cual, su relación laboral se encontraba desnaturalizada y, para su cese debía imputarse una causa, conforme a la Ley 24041 –cuya vigencia fue restituida por la Ley 31115–, teniendo en cuenta que la entidad donde laboraba está sujeta al régimen laboral público del Decreto Legislativo 276.
28. Por otro lado, la demandante sostiene que su no continuidad laboral está relacionada con su condición de madre trabajadora en periodo de lactancia; conviene precisar lo estipulado en la Ley 30709, ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, en cuyo artículo 6 se establece 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 despidan 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

29. La antes mencionada prohibición de despido y no renovación de contrato, por motivos vinculados con la condición del embarazo o el periodo de lactancia deriva de lo establecido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, que prohíbe todo tipo de discriminación, sea por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Siendo ello así, dicha prohibición resulta anterior a la vigencia de dicha ley.
30. En dicho sentido, si bien la citada Ley 30709 ha sido expedida con posterioridad a los hechos ocurridos, la prohibición de despido y no renovación de contrato, por motivos vinculados con la condición del embarazo se encuentra cimentada en lo establecido por nuestra Constitución en su artículo 2, inciso 2, que prohíbe la discriminación por razón de sexo.
31. De la revisión de autos, se aprecia que la entidad emplazada, antes de comunicar su cese a la recurrente, tuvo conocimiento que aun la actora se encontraba gozando de su derecho como trabajadora en periodo de lactancia, pues este le había sido concedido por un año y culminaba recién el 16 de julio de 2016 (f. 86), pese a lo cual sostiene la parte demandada que el vínculo laboral concluyó el 30 de junio de 2016 (f. 89).
32. En dicho sentido, conforme se desprende de los actuados, la entidad emplazada no demostró que la no renovación del contrato laboral de la recurrente se haya producido por la comisión de alguna falta grave, ni tampoco acreditó de modo fehaciente la extinción de la necesidad institucional de los servicios prestados por la recurrente pues, por el contrario, como reconoce la propia demandada, se contrató a un nuevo médico para que realice las funciones que estaban a su cargo (f. 89). Tal situación evidencia que la demandada no renovó el contrato de la actora únicamente por razones vinculadas a su situación de madre en periodo de lactancia, circunstancia que conlleva a concluir que se produjo un despido nulo.
33. Se evidencia, entonces, que la demandante fue objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, verificándose que se ha configurado un despido nulo producido durante el periodo de lactancia de la actora.
34. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo y a la igualdad, corresponde ordenar la reposición de la demandante como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos (2) días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03710-2019-PA/TC
CUSCO
MILDRED BRÍGIDA LOVATÓN RAMOS

35. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por lo siguiente:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en relación con la pretensión de nulidad del concurso CAS 001-2016-GR-CUSCO-DIRESA/HAL.
2. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la igualdad; en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto la demandante.
3. **ORDENAR** que el Hospital Antonio Lorena de Cusco reponga a doña Mildred Brígida Lovatón Ramos como trabajadora a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos (2) 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.

SS.

BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE BLUME FORTINI