



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 396/2022

EXP. N.º 02746-2018-PA/TC

JUNÍN

SHEYLA MAGALY MARÍN MATOS

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 22 de noviembre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo de la demandante.
2. **ORDENAR** a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría hasta que se convoque a un concurso público para la plaza que desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción de su contrato o su acceso al empleo a plazo indefinido.
3. **ORDENAR** el pago de las remuneraciones devengadas desde el 1 de abril de 2017 hasta la fecha de reposición, más los intereses legales, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes; con el abono de los costos del proceso.

Por su parte, el magistrado Gutiérrez Ticse emitió un voto singular que declara fundada en parte la demanda e improcedente en otro extremo.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, 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.

MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02746-2018-PA/TC
JUNÍN
SHEYLA MAGALY MARÍN MATOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de noviembre de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Gutiérrez Ticse que se agrega. Sin la participación del magistrado Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Sheyla Magaly Marín Matos contra la resolución de folio 119, de 2 de mayo de 2018, expedida por la Sala Civil de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

El 15 de noviembre de 2017, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Gerencia General de la Red Asistencial Junín del Seguro Social de Salud – EsSalud¹, con el fin de que se dejen sin efecto las Cartas 409 y 454-GRAJ-ESSALUD-2017, de 21 y 31 de marzo de 2017², mediante las cuales, respectivamente, se dispuso la no renovación de su contrato administrativo de servicios (CAS) y se denegó el recurso de reconsideración presentado contra la primera carta; y que, en consecuencia, se disponga mantener vigente su CAS. Denuncia la vulneración de sus derechos constitucionales a la no discriminación, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Manifiesta que prestó servicios desde el 2 de abril de 2012 en virtud de contratos CAS, sin solución de continuidad hasta el 31 de marzo de 2017. Afirma que mediante la Carta 409-GRAJ-ESSALUD-2017, de 21 de marzo de 2017, se le comunicó que su contrato no sería renovado. Asimismo, afirma que, previo a la comunicación de dicha carta, su empleador le imputó cargos que no eran más que manifestaciones discriminatorias, vinculadas a cuestiones religiosas y de opinión, con la finalidad de obtener un móvil para la decisión de no renovar su contrato, pero que dicha imputación, así como la no renovación, han sido motivadas por su condición de madre trabajadora que venía gozando de permiso por lactancia materna.

Resolución de primera instancia o grado

Mediante resolución de 28 de noviembre de 2017³, el Quinto Juzgado Especializado en

¹ Folio 67.

² Folios 1 y 2.

³ Folio 77.



lo Civil de Huancayo declaró improcedente la demanda, en aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional entonces vigente, por estimar que dilucidar la presente controversia requiere de un proceso que cuente con etapa probatoria, ausente en el proceso de amparo, conforme prescribe al artículo 9 del mencionado Código.

Resolución de segunda instancia o grado

A través de la Resolución 6, de 2 de mayo de 2018⁴, la Sala Civil de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín confirmó la apelada por similar fundamento. Agrega que la no renovación del CAS de la recurrente se debió a su culminación.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene a la Red Asistencial Junín del Seguro Social de Salud – EsSalud mantener vigente el CAS de la demandante, el cual no habría sido renovado por motivos discriminatorios, vinculados a su condición de madre con permiso por lactancia. Se denuncia la vulneración de los derechos constitucionales a la no discriminación, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Procedencia de la demanda

2. La demanda de autos ha sido rechazada de plano aduciéndose, entre otros argumentos, que el proceso de amparo no es la vía idónea para cuestionar la no renovación del CAS de la actora, pues se requiere de una estación probatoria ausente en el amparo.
3. Sin embargo, el caso de autos plantea una controversia referida, entre otros derechos, a la no discriminación y a la no renovación de contrato administrativo de servicios, sustentado en la condición de madre que venía gozando de permiso por lactancia materna. Además, de por medio se encuentra el mandato del artículo 23 de la Constitución, por el cual el Estado protege especialmente a la madre que trabaja, prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razón de dicha condición, lo cual evidencia la necesidad de tutela urgente en el presente caso.
4. En el contexto descrito, este Tribunal estima que las instancias o grados inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería anularse las resoluciones judiciales previas y ordenarse que se admita a trámite la demanda en el Poder Judicial. No obstante, en atención al principio de economía procesal y al deber de adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el Nuevo Código Procesal Constitucional, previstos en el artículo III del Título

⁴ Folio 119



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02746-2018-PA/TC
JUNÍN
SHEYLA MAGALY MARÍN MATOS

Preliminar del citado código, este Tribunal considera pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, pues en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo.

5. Además, debe tenerse presente que el derecho de defensa de la entidad demandada se encuentra garantizado en atención a los siguientes elementos:
 - Notificación a la entidad demandada del concesorio del recurso de apelación, de lo cual se da cuenta mediante la Resolución 8, de 5 de diciembre de 2019, emitida por el Quinto Juzgado Civil de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín⁵, y se verifica del sistema de consulta de expedientes del Poder Judicial.
 - Cédula de notificación del auto del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2019 dirigida y recepcionada por Essalud⁶.
 - Cédula de notificación del auto del Tribunal Constitucional de 9 de noviembre de 2019 dirigida y recepcionada por Essalud⁷.
6. Otro aspecto relevante es el análisis de la pertinencia de la vía constitucional para la resolución del caso. 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, inciso 2 del Código Procesal Constitucional (actual artículo 7.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional), declaró 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).

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

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

7. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de

⁵ Folio 165.

⁶ Folio 161.

⁷ Obra en el cuaderno del Tribunal Constitucional.



pertinencia de la vía constitucional, pues se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho. En efecto, la demandante alega que fue discriminada en el ámbito laboral por su condición de madre que venía gozando de permiso por lactancia. 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 idóneo para resolver la controversia de autos. La necesidad de un pronunciamiento de fondo se agudiza si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde la presentación de la demanda de amparo -15 de noviembre de 2017-; es decir, hace 5 años.

Pronunciamiento de fondo

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

8. El artículo 2, inciso 2 de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad. Indica que «(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, *sexo*, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole» (énfasis agregado). Igualmente, el artículo 26, inciso 1, de la Constitución, prescribe que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.
9. Al respecto, el Tribunal Constitucional desarrolló el contenido del principio de igualdad en el ámbito laboral, en los siguientes términos⁸:

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.

⁸ Cfr. sentencia emitida en el expediente 05652-2007-PA/TC



10. Asimismo, en el artículo 23 de la Constitución se preceptúa 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 (...)» (énfasis adicionado). Sobre el particular, queda claro para este Tribunal que, además de afectar el principio de igualdad, el despido de una trabajadora por su condición de madre o por ejercer su derecho a la lactancia vulnera también su derecho al trabajo.
11. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente⁹:

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 23 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).

12. Asimismo, se puede observar que el propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres), en 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.
13. 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.

La igualdad de oportunidades en el caso específico del régimen CAS

14. 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 estatuye lo siguiente:

(...)
Cuando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de

⁹ Cfr. sentencia emitida en el Expediente 00206-2005-PA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02746-2018-PA/TC
JUNÍN
SHEYLA MAGALY MARÍN MATOS

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).

15. De manera complementaria, el artículo 8-A, inciso 1, del Reglamento del Decreto Legislativo 1057, aprobado por el Decreto Supremo 075-2008-PCM, dispone lo siguiente:

8.A.1. La madre trabajadora sujeta al régimen del Decreto Legislativo N.º 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.º 27240 - Ley que otorga permiso por lactancia materna (énfasis agregado).

16. En ese sentido, el régimen CAS reconoce beneficios a las trabajadoras que se encuentran en situación de maternidad. Por ende, si bien se trata de un régimen laboral transitorio y de carácter temporal, ello no impide que las trabajadoras sujetas a dicho régimen gocen de los derechos fundamentales inherentes a su condición de madres, los que, como se ha visto, tienen protección constitucional.
17. Asimismo, este Tribunal debe mencionar que la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de diciembre de 2017, en su artículo 6 ha establecido que “[q]ueda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad”. No obstante, se advierte que dicha normativa no es suficiente para otorgar una tutela adecuada a las mujeres gestantes o en periodo de lactancia; y ello porque en su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 002-2018-TR, se precisa que está dirigida al régimen laboral de la actividad privada del sector privado, dejando de lado a las trabajadoras dependientes del Estado.
18. En consecuencia, y con la finalidad de brindar una protección reforzada a la madre trabajadora, a fin de respetar el principio de igualdad de oportunidades, este Tribunal considera que la no renovación de un contrato del régimen CAS de una trabajadora que se encuentra gozando de licencia por motivos relacionados con la maternidad, es un acto vulneratorio de un derecho fundamental, por lo que es un acto nulo, sin eficacia jurídica; salvo que el empleador demuestre que la no renovación del contrato se debe a un motivo diferente a la maternidad de la trabajadora.
19. Además, se debe tener presente que la necesidad de comunicar al empleador el embarazo, para que opere la protección reforzada que otorga la Constitución, no es exigible desde que el Perú ratificó el Convenio 183 de la OIT sobre la protección de



la maternidad¹⁰, el cual es aplicable como norma de derecho nacional¹¹. Este convenio establece que esa protección es de carácter objetivo. El artículo 8 prohíbe “al empleador que despida a una mujer que esté embarazada”, es decir, que esa prohibición no está condicionada a comunicación alguna: es suficiente que la trabajadora demuestre que se encuentra en estado de gestación para que opere una suerte de “fuero maternal”, que impide al empleador poner fin al contrato de trabajo unilateralmente -sea por el despido como por la no renovación de un contrato temporal-, “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”¹².

20. Así pues, en los casos a los que se refiere el fundamento anterior, las trabajadoras del régimen CAS tienen también derecho al “fuero maternal”, que obliga al empleador a no extinguir la relación laboral, sea por despido o por la no renovación del contrato, salvo que demuestre que los motivos no se relacionan con la maternidad de la trabajadora.
21. De no ser así, existiría una lectura contradictoria de las disposiciones del régimen CAS con la Constitución, que establece como principios básicos la prohibición de la no discriminación y, además, en el ámbito laboral -sea público o privado- la igualdad de oportunidades¹³.
22. Ahora bien, **esto no implica en absoluto que los empleadores no puedan terminar una relación laboral en el régimen CAS a una mujer que se encuentre embarazada o gozando de una licencia relacionada con su maternidad, sino que tendrán la carga de demostrar que la no renovación del contrato o el despido obedecen a una causa distinta a ese hecho.**
23. Por otro lado, si bien este Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del régimen CAS de manera abstracta y general¹⁴, ello no quiere decir que la aplicación de dicha norma al caso concreto no pueda ser inconstitucional. Como ya se sostuvo anteriormente¹⁵:

(...) 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].

¹⁰ El 13 de mayo de 2016.

¹¹ Artículo 55 de la Constitución.

¹² Cfr. artículo 8 del Convenio 183 OIT.

¹³ Cfr. artículos 2, inciso 2, 23 y 26, inciso 1) de la Constitución.

¹⁴ Cfr. sentencia emitida en el Expediente 00002-2010-PI/TC.

¹⁵ Cfr. fundamento 144 de la sentencia recaída en el Expediente 00014-2014-PI/TC y otros.



24. De tal manera que, entre resguardar la potestad del empleador de no renovar el CAS y asegurar el derecho de las madres trabajadoras a permanecer en el empleo; que equivale a elegir entre la garantía de la libre contratación y el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el derecho al trabajo, este Colegiado, entiende que el derecho a la libre contratación no puede vulnerar el derecho a la maternidad de las mujeres trabajadoras y el derecho a su desarrollo profesional¹⁶.

Análisis de la controversia

25. La recurrente aduce que no se le renovó su contrato CAS a pesar de que la entidad emplazada conocía que venía gozando de permiso por lactancia. Sostiene que la emplazada utilizó el término del plazo del contrato CAS para encubrir una decisión discriminatoria, motivada por su condición de madre trabajadora que venía gozando de permiso de una hora por lactancia. Además, asevera que su empleador, antes de finalizar su vínculo laboral, y a fin de no renovar su contrato, le imputó cargos que no eran más que manifestaciones discriminatorias vinculadas a cuestiones religiosas y de opinión.
26. Al respecto, la demandante afirma haber mantenido una relación laboral con la entidad emplazada desde el 2 de abril de 2012 hasta el 31 de marzo de 2017, mediante CAS. Dicha afirmación queda corroborada con el Contrato Administrativo de Servicios 510-GRAJ-ESSALUD-2012, de 2 de abril de 2012¹⁷ y demás CAS y sus respectivas prórrogas¹⁸.
27. Ahora bien, en cuanto a lo afirmado por la demandante, esto es, que la no renovación de su contrato administrativo de servicios está directamente relacionada con su condición de madre, este Tribunal advierte que la entidad emplazada tenía conocimiento de que la demandante venía gozando de dicho derecho, conforme se acredita con los siguientes documentos:
- Carta N.288-D-CAP-IICHILCA-RAJ-ESSALUD-2016, de 3 de noviembre de 2016¹⁹, mediante la cual el director de la CAP. II Chilca informa al jefe de la Oficina de Recursos Humanos de la Red Asistencial de Junín que la demandante había solicitado el goce de la hora de lactancia.
 - Informe 194-UAP-DRH-GRAJ-ESSALUD-2016, de 15 de noviembre de 2016²⁰, emitido por el jefe de la Unidad de Administración de Personal de la Red Asistencial de Junín, en el que indica que a la trabajadora Sheyla Marín

¹⁶ Cabe precisar, además, que el Tribunal Constitucional ya ha reconocido la posibilidad de sancionar despidos nulos en el régimen CAS. Ver la sentencia recaída en el Expediente 07792-2013-PA/TC, en la que el Tribunal entendió que el despido por no renovación de un trabajador por razones antisindicales era nulo, a pesar de que laboró bajo el régimen CAS.

¹⁷ Folio 53.

¹⁸ Folios 27 a 52.

¹⁹ Folio 16.

²⁰ Folio 17.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02746-2018-PA/TC
JUNÍN
SHEYLA MAGALY MARÍN MATOS

Matos le corresponde el beneficio de una hora de permiso por lactancia materna, que inicia el 5 de noviembre de 2016 y termina el 15 de agosto de 2017, y que este se concederá al ingreso de su jornada laboral.

28. Siendo así, queda acreditado que la entidad emplazada estaba en la obligación de no terminar la relación laboral que mantenía con la recurrente en el régimen CAS, pues le había otorgado permiso por lactancia hasta el 15 de agosto de 2017. No obstante, le comunicó la no renovación de su contrato el 21 de marzo de ese año²¹, sin dar motivo alguno, salvo la facultad otorgada al empleador en el artículo 5, inciso 2 del Reglamento del Decreto Legislativo 1057, aprobado por Decreto Supremo 075-2008-PCM.
29. Sin perjuicio de lo expuesto, si bien la demandante aduce también que ha sido objeto de imputaciones de cargos que tenían la condición de manifestaciones discriminatorias, vinculadas a cuestiones religiosas y de opinión, solo con la finalidad de obtener un móvil para no renovar su contrato, no se acredita de manera fehaciente en autos que exista una relación directa entre los cargos imputados a la demandante y la no renovación de su contrato.
30. En efecto, si bien en autos obra la Carta 21-JSMQ-PMH-RAJ-ESSALUD-2017, de 31 de marzo de 2017²², mediante la cual el jefe médico quirúrgico del Policlínico El Metropolitano de Huancayo solicita a la coordinadora de Obstetricia del citado policlínico, que, por un lado, notifique los cargos a la obstetra Sheyla Magaly Marín Matos y solicite su descargo con relación a la queja presentada por un asegurado, por supuestamente haber tratado, en una sesión de psicoprofilaxis, temas religiosos, de apología al machismo y a la violación de derechos humanos de las mujeres, además de incentivar la discriminación a personas TLGBIQ+; y que, por otro lado, emita opinión técnica ante la precalificación que dispone el inicio de proceso administrativo disciplinario en contra de la actora. Se advierte que dicho documento data del mismo día en que el plazo del contrato venció (31 de marzo de 2017) y no está acreditado que se haya seguido proceso disciplinario alguno contra la demandante. Tampoco se aprecia que la Carta 409-GRAJ-ESSALUD-2017 se haya sustentado en la referida queja para no renovar el contrato administrativo de servicios de la recurrente, lo que es reiterado en la Carta 454-GRAJ-ESSALUD-2017, de 31 de marzo de 2017.

Sobre el precedente recaído en el expediente 05057-2013-PA/TC

31. Dicho precedente, más conocido como “precedente Huatuco” estableció las siguientes reglas de interpretación en los casos de despido en el sector público, con respecto a la reincorporación de los trabajadores:

²¹ Cfr. Carta 409-GRAJ-ESSALUD-2017, de 21 de marzo de 2017.

²² Folio 9.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02746-2018-PA/TC
JUNÍN
SHEYLA MAGALY MARÍN MATOS

- i. (...) resulta necesario establecer de modo vinculante determinados parámetros para resolver procesos interpuestos por aquellas personas que, habiendo mantenido una relación contractual de carácter temporal o civil con alguna entidad del aparato estatal, reclaman la *desnaturalización* de sus contratos y exigen ser reincorporadas con una relación de trabajo de naturaleza indeterminada. (énfasis agregado)²³.
 - ii. No podrá ordenarse la reincorporación de los trabajadores que no hayan ingresado a laborar mediante un concurso público y para una plaza vacante, presupuestada y de duración indeterminada²⁴.
 - iii. Las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y en la mencionada sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración²⁵.
 - iv. El cumplimiento del precedente debía realizarse desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario *El Peruano*.
32. El presente caso no es uno que trate de un supuesto puro de desnaturalización de contrato, el cual ha sido regulado por el “precedente Huatuco”. Involucra un acto de discriminación por razón de sexo de una trabajadora, a la que no se le renovó el CAS, mientras gozaba de la licencia por lactancia. Este elemento adicional, por sí solo, hace que el citado precedente sea aplicado en forma parcial.
33. No obstante, este Tribunal Constitucional aprecia que, desde la fecha en que se emitió el precedente hasta la actualidad, el número de procesos de amparo presentados solicitando la reposición por desnaturalización de contratos ha ido en aumento, lo que pone de manifiesto que la Administración pública sigue empleando esas modalidades de contratación para cubrir necesidades de las diversas entidades del Estado. En consecuencia, no debería recaer sobre los funcionarios que celebran esos contratos la responsabilidad a la que alude el “precedente Huatuco” en el fundamento 19 necesariamente, ya que se realizan por indicación de sus superiores. Por el contrario, resulta indispensable que se sinceren las cifras de las necesidades de recursos humanos en las entidades del Estado y se convoque a los concursos que se requieran para proveer todas las plazas necesarias para brindar el servicio que les compete.
34. Por otro lado, las leyes son de obligatorio cumplimiento²⁶, y entre los principios que rigen la Ley Marco del Empleo Público,²⁷ se encuentran los de mérito y capacidad²⁸, así como el de previsión presupuestaria²⁹. Así, se establece que, en las

²³ Cfr. fundamento 25 de la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

²⁴ Cfr. fundamento 19 de la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

²⁵ Cfr. fundamento 20 de la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC.

²⁶ Artículo 109 de la Constitución del Perú.

²⁷ Artículo IV de la Ley 28175.

²⁸ El ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública. Para los ascensos se considera además el tiempo de servicio (n. 7).



relaciones individuales y colectivas del empleo público, deben regir “los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio y la primacía de los derechos laborales”³⁰.

35. De acuerdo con la norma glosada, la protección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público debe ser priorizados, lo cual resulta incompatible con la prohibición expresa de ordenar la reposición cuando se comprueba que se ha recurrido a modalidades que vulneran los derechos fundamentales, como es el caso de una trabajadora que se encuentra gozando de licencia por lactancia que, sin causa alguna, no se le renueva el contrato. A la vez, tampoco sería conforme al ordenamiento jurídico ordenar la reposición de esos trabajadores a plazo indefinido cuando no han accedido por concurso público a una plaza presupuesta y vacante³¹, ya que se vulneraría tanto la meritocracia como la igualdad de oportunidades.
36. En consecuencia, a fin de tutelar tanto los derechos fundamentales de las madres trabajadoras, como los requisitos del acceso al empleo público a plazo indeterminado, este Tribunal Constitucional concluye que, en casos como el presente, se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. En caso de que la trabajadora no se presente al concurso o no lo apruebe, su contrato se extinguirá sin que tenga derecho al pago de indemnización. Durante el tiempo de la reincorporación temporal, como resulta obvio, quedan habilitadas las facultades disciplinarias del empleador, cuando compruebe faltas relacionadas con la conducta o capacidad de la trabajadora.

Sobre las remuneraciones devengadas

37. Por otra parte, este Tribunal considera que, frente a la no renovación de contratos a madres trabajadoras, que gozan de licencia relacionada con la maternidad, como sucede en este caso, corresponde brindar una tutela integral a los derechos vulnerados y, en tal sentido, es necesario emitir un pronunciamiento en torno a las

²⁹ Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado (n. 10).

³⁰ Artículo IV.8 de la Ley 28175: “Principios de Derecho Laboral. - Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio”.

³¹ El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, sobre la base de los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.



remuneraciones que fueron dejadas de percibir por la recurrente debido a la conducta de la entidad empleadora.

38. Al respecto, si bien la norma que regula el régimen CAS, Decreto Legislativo 1057, se refería solo al pago de una indemnización de hasta tres remuneraciones mensuales frente a la resolución arbitraria o injustificada del contrato CAS³², este Tribunal ha reconocido el derecho a la reposición de las trabajadoras cesadas durante el periodo de especial protección. De este modo, aunque la regulación del régimen CAS presenta un vacío en torno al pago de las remuneraciones devengadas, con base en el principio de igualdad de oportunidades, este Tribunal entiende que es aplicable al caso, en interpretación analógica, lo establecido en el artículo 40 del TUO del Decreto Legislativo 728, según el cual se debe ordenar “el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo (la supuesta extinción del vínculo), con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.”³³. En este sentido, corresponde, en aplicación del principio de igualdad de oportunidades, ordenar dichos pagos en casos como este, tanto por razones de economía procesal como de justicia material.
39. Ordenar el pago de las remuneraciones devengadas es una práctica habitual en el derecho comparado. Así el Tribunal Constitucional español, cuando califica el despido de una embarazada como nulo, por discriminatorio (SSTC 41/2002, de 25 de febrero, 342/2006, de 11 de diciembre, 92/2008, de 21 de julio, 124/2009, de 18 de mayo), esa declaración de nulidad comporta la obligación de la empresa de readmitir inmediatamente a la trabajadora, así como de abonar los salarios de tramitación, que son el equivalente a las remuneraciones devengadas en nuestro país³⁴. Criterio similar sigue la Corte Constitucional de Colombia, la que añade, en estos casos, el pago de la indemnización prevista en el Código Sustantivo de Trabajo de ese país³⁵ (T-1236-04; T-909-02; S. T-063/06, T-495/07, T-024/11).

³² Actualmente el artículo 10, literal f del Decreto Legislativo 1057, modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 31131 (publicada el 9 marzo 2021) dispone que el contrato administrativo de servicios puede extinguirse por "Decisión unilateral de la entidad con expresión de causa disciplinaria o relativa a la capacidad del trabajador y debidamente comprobada. Si el despido no tiene causa o no se prueba durante el proceso de impugnación, el juez declara su nulidad y la reposición del trabajador". En tal sentido, si bien ahora se prevé la reposición frente al despido arbitrario, no se regula lo referido a las remuneraciones devengadas frente a un despido nulo.

³³ Artículo 40.

³⁴ El Tribunal español ordena el pago, en virtud de lo establecido en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, que es el equivalente al artículo 40 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que se transcribe a continuación: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. (...) 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

³⁵ Artículo 239: “PROHIBICIÓN DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. (...) 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02746-2018-PA/TC
JUNÍN
SHEYLA MAGALY MARÍN MATOS

Finalmente, en Chile rige similar protección los casos de despido nulo, por no haberse respetado el fuero, sea maternal o sindical, de un trabajador³⁶.

40. Este derecho ha sido también reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ordenó la reposición de los magistrados del Tribunal Constitucional depuestos en el año 2001. En esa oportunidad, la Corte estableció que “el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás prestaciones que en conformidad con su legislación correspondan a los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, de acuerdo con lo establecido en los párrafos 121 y 128 de la presente Sentencia”.

Efectos de la presente sentencia

41. Teniendo en cuenta que a la demandante no se le renovó el contrato estando en periodo de lactancia y que la entidad demandada no ha probado que el motivo para prescindir de sus servicios fuera una razón distinta al relacionado con su maternidad, corresponde ordenar su reposición en un puesto de similar categoría, el pago de las remuneraciones devengadas, desde el 1 de abril de 2017 hasta la fecha de su reposición, con intereses legales, de acuerdo con la legislación vigente, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.
42. Si bien la demandante se encontraba laborando bajo la modalidad de CAS, este hecho no impide que goce de la protección constitucional que su condición de madre trabajadora exige. Resulta evidente que el asumir responsabilidades familiares, como es la de tener un hijo, no trasciende a la relación laboral del padre, como ocurre con la madre. Por tanto, para que la madre trabajadora pueda desarrollarse profesionalmente, de modo análogo a como puede hacerlo el padre trabajador, es necesario una tutela especial a lo largo de la relación laboral.
43. Finalmente, en atención a lo dispuesto por el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 56 del anterior código), corresponde condenar al pago de costos procesales a la parte emplazada.

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

³⁶ Cfr. Código de Trabajo de Chile, artículo 174: “(...) Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02746-2018-PA/TC
JUNÍN
SHEYLA MAGALY MARÍN MATOS

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo de la demandante.
2. **ORDENAR** a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría hasta que se convoque a un concurso público para la plaza que desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción de su contrato o su acceso al empleo a plazo indefinido.
3. **ORDENAR** el pago de las remuneraciones devengadas desde el 1 de abril de 2017 hasta la fecha de reposición, más los intereses legales, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes; con el abono de los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH**

PONENTE PACHECO ZERGA



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto de mis distinguidos colegas magistrados, en el presente caso emito un voto singular, el mismo que sustento en los siguientes fundamentos:

1. Con fecha 15 de noviembre de 2020, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Gerencia General de la Red Asistencial Junín del Seguro Social de Salud – EsSalud, a fin de que se dejen fin efecto las Cartas 409 y 454-GRAJ-ESSALUD-2017 de fecha 21 y 31 de marzo de 2017, mediante las cuales se dispuso la no renovación de su contrato administrativo de servicios (CAS) y se denegó el recurso de reconsideración presentado contra la primera Carta, señalando que su ex empleador le imputó cargos que eran manifestaciones discriminatorias, vinculadas a cuestiones religiosas y de opinión con la finalidad de obtener un móvil para la decisión de no renovar su contrato, pero que dicha no renovación ha sido motivada por su condición de madre trabajadora que venía gozando de permiso por lactancia materna. Por ello, solicitó se ordene mantener vigente su CAS, al haberse vulnerado sus derechos a la no discriminación, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.
2. Al respecto, el Tribunal Constitucional, interpretando lo establecido en los artículos 2, inciso 2, y 4 de la Constitución, ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento constitucional contempla una tutela reforzada en favor de las mujeres gestantes en el ámbito laboral, la cual, entre otros aspectos, exige brindarles estabilidad y seguridad laboral durante el periodo de gestación y lactancia⁽³⁷⁾; garantía que se extiende a toda trabajadora del sector público o del sector privado que se encuentre en tal situación, independientemente del régimen laboral al que pertenezca, pues la Constitución -en tanto norma suprema del Estado- irradia sus efectos normativos a todos los espacios de interacción laboral, sin excepción alguna.
3. En el presente caso, del análisis de los documentos, es posible colegir que la demandante se encontraba gozando de permiso por lactancia cuando culminó su relación laboral con la demandada. Efectivamente, del Contrato Administrativo de Servicios 510-GRAJ-ESSALUD-2012 del 02 de abril de 2012 y sus respectivas prórrogas (fs. 27 a 52) y las boletas de pago de remuneraciones, queda demostrado que doña Sheyla Magaly Marín Matos mantuvo con entidad demandada una relación laboral a plazo determinado regulado por el Decreto Legislativo 1057. Asimismo, este Tribunal Constitucional advierte que la entidad

³⁷ Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de diciembre de 2017.

“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”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02746-2018-PA/TC
JUNÍN
SHEYLA MAGALY MARÍN MATOS

emplazada tenía pleno conocimiento de que la demandante venía gozando de permiso por lactancia materna, conforme se acredita con los documentos que obran en autos.

4. Sobre el particular, teniendo en cuenta la especial protección constitucional reforzada a favor de la mujer gestante, en el presente caso se aprecia que la parte emplazada, a partir de haber tomado conocimiento del estado de embarazo de la recurrente, debió adoptar las acciones necesarias para garantizar su derecho al trabajo. Sin embargo, al optar por continuar con su decisión de no renovar el contrato laboral de la demandante, sin esperar el periodo de protección de la mujer gestante, se generó una situación de discriminación por razón de sexo, circunstancia que conlleva a concluir que su cese laboral resulta inconstitucional.
5. Por tanto, corresponde tutelar el derecho al trabajo y a la protección de la madre en el ámbito laboral, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación de la demandante, y disponer su reposición laboral en un puesto de trabajo de igual o similar categoría (jerárquica y remunerativa) al que tenía antes del despido, por el tiempo que dura el periodo de gestación y el año de lactancia.
6. Por estas razones, considero que debe declararse **FUNDADA en parte** la demanda de amparo en relación con el derecho al trabajo y a la protección de la madre en el ámbito laboral, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación de la demandante, y **ORDENAR a la emplazada que reponga a la recurrente en un puesto de trabajo de igual o similar categoría (jerárquica y remunerativa) al que tenía cuando no le renovaron el contrato, por el tiempo que dura el periodo de gestación y el año de lactancia** conforme a lo indicado *supra*; así como la respectiva **condena de pago de costos del proceso**.
7. De otro lado, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda en relación con el pago de remuneraciones devengadas por el tiempo que no laboró la recurrente hasta su reposición; por cuanto tales remuneraciones son de naturaleza laboral e indemnizatoria que no corresponden ser resueltos aquí en razón que no hay objetividad en que dichos beneficios le corresponde; forzar el amparo en una lógica *supra* reparatoria difiere de la naturaleza del proceso de amparo.

S.

GUTIÉRREZ TICSE