



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01366-2013-PC/TC
CUSCO
JULIA HUANCA VILLAGRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de septiembre de 2017, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini y Ramos Núñez, pronuncia la siguiente sentencia. y el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez, que se agrega,

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Julia Huanca Villagra contra la resolución expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 70, de fecha 30 de enero de 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de julio de 2012, la recurrente interpone demanda de cumplimiento contra la Municipalidad Distrital de Santiago, solicitando que se ordene el cumplimiento de la Ley 26644, que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante; con el otorgamiento de los correspondientes beneficios laborales.

El procurador público a cargo de los asuntos judiciales de la municipalidad emplazada contesta la demanda manifestando que la accionante no cumple con los requisitos que señala la ley para gozar del descanso por maternidad remunerado, toda vez que no presentó el correspondiente certificado de incapacidad temporal para el trabajo (CITT) por maternidad, y no cumplía con tener tres meses de aportaciones consecutivos o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendarios anteriores al mes que se inició la contingencia, pues fue repuesta por mandato judicial en el mes de febrero de 2012, cuando ya se encontraba embarazada.

El Juzgado Especializado en lo Civil de Santiago, con fecha 10 de octubre de 2012, declaró fundada la demanda por considerar que no es cierto que la actora no ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley o que no se encuentre comprendida en los alcances de la Ley 26790, de Modernización de la Seguridad Social en Salud, pues el hecho que solo haya presentado la constancia de atención expedida por el Ministerio de Salud no le priva de los descansos pre y postnatal reclamados; precisando que a pesar de haberse acreditado el incumplimiento de la Ley 26644 por parte de la entidad emplazada, no puede ordenarse el cumplimiento de dicha norma, debido a que el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01366-2013-PC/TC
CUSCO
JULIA HUANCA VILLAGRA

derecho constitucional vulnerado deviene en irreparable en la vía de cumplimiento, pero que, no obstante ello, se estima la demanda de conformidad con lo establecido por el artículo 1, segundo párrafo del Código Procesal Constitucional, disponiendo que la entidad demandada no vuelva a incurrir en las acciones y omisiones que motivaron la interposición de la demanda de autos.

La Sala superior competente revocó la apelada y declaró improcedente la demanda por considerar que el mandato contenido en la Ley 26644 está sujeto a controversia compleja, pues para el otorgamiento del subsidio económico reclamado por la actora se debe verificar el cumplimiento de las normas conexas que contemplan su otorgamiento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. De autos se advierte que la demandante solicita que la Municipalidad Distrital de Santiago (Cusco), en cumplimiento de la Ley 26644, le otorgue el descanso pre y postnatal remunerado.

Requisito especial de la demanda

2. Con el documento de fecha cierta, de fecha 22 de mayo de 2012 (folios 16), se acredita que la parte demandante ha cumplido con el requisito especial de la demanda de cumplimiento previsto en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

3. El proceso de cumplimiento, reconocido en el artículo 200, inciso 6) de la Constitución, tiene como objeto el acatamiento de una norma legal o de un acto administrativo por parte de cualquier autoridad o funcionario renuente a ello.
4. En la sentencia recaída en el Expediente 0168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de octubre de 2005, este Tribunal, ha precisado con carácter vinculante los requisitos mínimos que debe reunir el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional de cumplimiento.



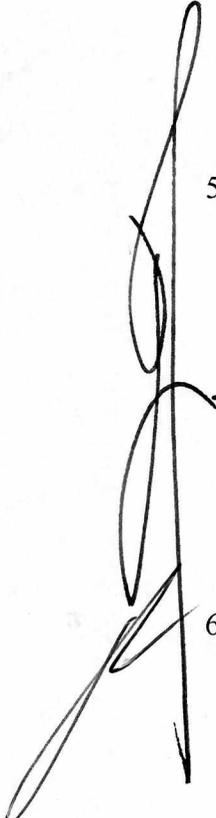
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01366-2013-PC/TC

CUSCO

JULIA HUANCA VILLAGRA



5. En los fundamentos 14 a 16 de la sentencia precitada, que constituye precedente, conforme a lo previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal ha precisado que, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo reúne determinados requisitos a saber: a) ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, y e) ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

6. Con relación a la pretensión de la recurrente, esto es, respecto a la solicitud del goce del derecho de descanso pre y postnatal de la trabajadora gestante, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 26644, ley que precisa este derecho, expresamente establecía lo siguiente:

Precítese que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 45 días de descanso prenatal y 45 días de descanso post-natal. El goce de descanso pre natal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el post-natal, a decisión de la trabajadora gestante. Tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable del parto.¹

7. Al respecto, este Tribunal Constitucional 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 estado de gestación.

El derecho a la especial protección de la madre trabajadora

8. Con relación al derecho a la especial protección de la madre trabajadora ya este Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en las sentencias emitidas en los Expedientes 00303-2012-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 03861-2013-PA/TC.

¹ Texto vigente al momento de los hechos, antes de ser modificado por el artículo 2 de la Ley 30367, publicada el 25 noviembre de 2015, que establece que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01366-2013-PC/TC

CUSCO

JULIA HUANCA VILLAGRA

9. En efecto, se ha dicho que el derecho de la madre trabajadora a gozar de descanso pre y post no se encuentra enumerado en la Constitución, lo cual no quiere decir que carezca de sustento constitucional.
10. En ese sentido, la licencia por maternidad 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 señaló 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. Por otro lado, se destacó 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 parte deben «[a]segurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres».
12. 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 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.
13. 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 precisó 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.
14. Por ende, la licencia por maternidad (pre y postnatal), cuya amplitud y condiciones fueron normadas por la Ley 26644 –norma que precisa el goce del derecho de



descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante—, como consecuencia de la exigencia constitucional de protección a la madre trabajadora gestante, constituye un mecanismo tendiente a asegurar la viabilidad del embarazo, así como la salud de la madre y de la persona por nacer. Asimismo, con posterioridad al nacimiento, dicha licencia está destinada a favorecer la lactancia, afianzar el vínculo materno filial y desarrollar un puerperio fisiológico normal.

15. En el contexto descrito, el Tribunal concluyó que el derecho a gozar de licencia por maternidad 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.

Análisis del caso concreto

16. En el caso de autos, teniendo presente lo señalado en los considerandos anteriores, este Tribunal debe señalar que el cumplimiento de la citada ley debiera hacerse efectivo a fin de no vulnerar los derechos reconocidos en la Constitución de la parte demandada. Esto en la medida que dicha norma cumple con los requisitos establecidos en la sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC.
17. Sin embargo, es importante tener presente que, como ya se ha señalado *supra*, el nacimiento de la hija de la recurrente se produjo con fecha 28 de mayo de 2012; y, por ende, a la fecha se ha producido la sustracción de la materia por haberse tornado irreparable la agresión; sin embargo, toda vez que la demanda fue interpuesta antes del vencimiento del plazo de la licencia solicitada, es posible emitir un pronunciamiento de fondo de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.
18. Al respecto, este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente 04530-2008-HD/TC, ya ha tenido oportunidad de señalar que la declaración de improcedencia por sustracción de la materia no opera automáticamente en todos los casos en los que se advierta que existe irreparabilidad.
19. En dicho caso, con cita de lo resuelto previamente en la sentencia emitida en el Expediente 00603-2004-AA/TC, se sostuvo que

[...] el Código [Procesal Constitucional] ha previsto de forma expresa que no en todos los supuestos en que el acto lesivo cesó o devino en irreparable luego de presentada la demanda corresponde declarar su improcedencia. En este sentido, ha establecido la potestad de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01366-2013-PC/TC

CUSCO

JULIA HUANCA VILLAGRA

autoridad jurisdiccional para que, atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, pueda emitir un pronunciamiento estimatorio sobre el fondo de la controversia. Esta facultad tiene por objetivo evitar que actos similares puedan reiterarse en el futuro. Se trata, por lo tanto, de una opción legislativa acorde con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece como una de las finalidades de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, lo que también se obtiene a través de una tutela procesal preventiva. Cuando se declara fundada una demanda de este tipo no se hace con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales (lo cual es imposible), sino con el propósito de evitar que las mismas conductas se vuelvan a repetir (fundamento jurídico 16).

20. Atendiendo a lo expuesto, y al derecho a la especial protección a la madre trabajadora, este tribunal debe precisar algunos puntos.
21. En el presente caso está acreditado que la recurrente se encontraba en estado de gestación. Ello consta en la solicitud de fecha 22 de mayo de 2012, estos es, con fecha anterior al parto, 28 de mayo de 2012, de conformidad con la partida que obra a folios 15 y la constancia de atención emitida por la Dirección Regional de Salud del Cusco, Clas-Anta (f. 14).
22. Por su parte, conforme obra en autos, la municipalidad demandada no contestó dicha petición; sin embargo, en la contestación de la demanda la municipalidad emplazada ensaya una respuesta señalando que “la actora mediante el proceso laboral 2231-2010, se encuentra en calidad de repuesta judicial, quien fue repuesta en el mes de febrero del año 2012, en calidad de obrero D, bajo los lineamientos del D.L. 728 siendo incluida en planilla y con los beneficios que por ley le corresponden”. Afirma que la actora no cumplía con los requisitos para obtener el beneficio solicitado, esto es, “no cumplió con adjuntar el CITT emitido por EsSalud, lo que adjunta es una simple constancia de atención emitido por el Minsa de Anta” y que no tenía tres meses de aportes consecutivos o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses antes de la contingencia (parto) entre otros requisitos, pues la actora fue repuesta judicialmente en pleno estado de gestación.
23. A juicio de este Tribunal, el descanso por maternidad es un derecho que les asiste a todas las mujeres trabajadoras independientemente de su régimen y condición laboral, por lo que su rechazo por el presunto incumplimiento de formalidades resulta arbitrario y merecería ser reparado, conforme se ha señalado en el fundamento 21 *supra*; no obstante, como se señaló precedentemente, a la fecha se produjo la sustracción de la materia justiciable.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01366-2013-PC/TC

CUSCO

JULIA HUANCA VILLAGRA

24. Dada la importancia del descanso por maternidad para las madres trabajadoras como concreción de la especial protección de la que son objeto y atendiendo a que en situaciones similares otras trabajadoras podrían sufrir un tratamiento arbitrario de esta índole, este Tribunal considera que se debe declarar fundada la presente demanda y ordenar que la emplazada no vuelva a incurrir en actitudes de este tipo.
25. Finalmente, corresponde ordenar que la emplazada asuma el pago de costos, conforme a lo estipulado en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de cumplimiento al haberse acreditado la renuencia de la Municipalidad Distrital de Santiago al cumplimiento de la Ley 26644; consecuentemente, se dispone que la parte demandada, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en las conductas que motivaron la presente demanda.
2. Disponer que de reincidir la Municipalidad Distrital de Santiago en arbitrariedades de esta naturaleza, se apliquen las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley, con el pago de costos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

31 MAYO 2018



JANETI OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01366-2013-PC/TC
CUSCO
JULIA HUANCA VILLAGRA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Estando de acuerdo con la parte resolutive de la presente sentencia, quisiera esbozar las siguientes consideraciones:

- En principio, como se advierte de la demanda, lo que ha sido recogido en los antecedentes y en el FJ 1 del proyecto, lo que la recurrente solicita es que en cumplimiento de la Ley 26644 se le otorgue el descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante con los correspondientes beneficios laborales, esto es, en clara alusión a las prestaciones económicas administradas por ESSALUD.

Al respecto, obran en autos los siguientes documentos: copia de la constancia de atención emitida por la Dirección de Salud Cusco, donde se acredita la fecha del nacimiento de la menor hija de la recurrente (folio 14), copia del acta de nacimiento de la menor hija de la recurrente (folio 15), la solicitud de permiso por gravidez de fecha 22 de mayo de 2012 (folio 16) y finalmente, el reiterativo de dicha solicitud recibido el 19 de junio de 2012 (folio 17).

- Ahora bien, más allá de que suscriba la presente sentencia, quisiera ser enfática al sostener que me aparto de lo afirmado en el FJ 23 donde se califica a los requisitos establecidos, por remisión del artículo 4.2. del Decreto Supremo N° 005-2011-TR, reglamento de la Ley 26644, en el artículo 35° del Decreto Supremo 009-97-SA, como formalidades arbitrarias, valiéndose de generalizaciones, sin ofrecer mayores razones que la sola verificación de que la situación de la recurrente, excepcional por cierto, no cumpliría con ellos. Ello dista de una vocación jurisdiccional decidida por afrontar los retos y particularidades de un caso como el de autos.
- En efecto, considero que para la resolución del presente caso se debió partir de lo siguiente: la situación de la recurrente es verdaderamente excepcional al tratarse de una madre trabajadora repuesta en su centro de trabajo en virtud de una sentencia judicial donde se da cuenta de que sus servicios fueron pagados a través de la emisión de recibos por honorarios. De esta manera, en tanto el juez del caso determinó que se produjo una relación laboral por desnaturalización, se desprende que durante el período de labores la recurrente no estuvo afiliada a ESSALUD, lo que evidentemente es enteramente responsabilidad de la empleadora.
- A ello debe sumarse el hecho de que ante el comunicado del embarazo de la recurrente, la empleadora no brindó la atención que un caso como éste amerita, toda vez que no respondió al pedido, excusándose según se desprende de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01366-2013-PC/TC
CUSCO
JULIA HUANCA VILLAGRA

contestación de la demanda, en el no cumplimiento de los requisitos exigidos para el otorgamiento del descanso pre y posnatal, en vez de ofrecer la mayor información posible a la gestante y evaluar su caso en función de sus particularidades, como pueden ser: la condición laboral de trabajadora repuesta judicialmente, las condiciones de posibilidad de acceso a la información sobre los derechos que le asisten, entre otros.

- Con relación a esto último, considero que la especial protección que la Constitución brinda a la madre trabajadora exige que los empleadores actúen diligentemente, en la medida de lo posible y de acuerdo a los recursos con los que dispongan según lo dispuesto legalmente, lo cual se satisface, por ejemplo, con que, una vez detectado un caso de embarazo en el personal de la entidad, se ofrezca a la gestante toda la información necesaria para que pueda ejercer los derechos que la ley le reconoce (en el caso de tratarse de casos generales, con miras al cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico), en tanto que en casos excepcionales, como el de autos, no puede descartarse, en principio, un abordaje de la situación también excepcional por la naturaleza de las cosas.

- Estas consideraciones no deben entenderse, bajo ningún sentido, como contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la plena efectividad del derecho a la especial protección de la madre trabajadora; línea jurisprudencial que respaldo y he reafirmado en las oportunidades que lo ameritaban; no obstante ello, considero que la respuesta que debe dar un juez constitucional a casos como el presente no puede ignorar el marco de la naturaleza y fines del proceso constitucional que esté en curso, así como lo pedido en concreto y los eventuales retos que los hechos del mismo le planteen en términos de argumentación.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

31 Mayo 2013



JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaría de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL