



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 240/2024

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 1 de octubre de 2024, en sesión de Pleno Jurisdiccional, los magistrados Pacheco Zerga (presidenta), Domínguez Haro (vicepresidente), Morales Saravia, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, han emitido la presente sentencia. Los magistrados Gutiérrez Ticse y Hernández Chávez emitieron votos singulares que se agregan. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosa Elena Rivas Chong contra la sentencia de fojas 772, de fecha 2 de marzo de 2022, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La parte demandante, con fecha 4 de noviembre de 2020, interpone demanda de amparo contra el director ejecutivo, la jefa de la Oficina de Administración, el jefe de la Unidad de Recursos Humanos y el jefe de Asesoría Legal del Hospital de la Amistad Perú Corea Santa Rosa II-2, con el objeto que se declare inaplicable la Carta 334-2020/HAPCSRII-2-4300201761, de fecha 23 de octubre de 2020, mediante la cual se le comunica que su contrato laboral culminaría el 31 de octubre de 2020; y que, en consecuencia, se disponga su reincorporación a su centro de trabajo para que continúe con su derecho de lactancia y se le reconozca su derecho a seguir contratada mientras exista la causa que justificó la contratación temporal en el régimen laboral público; así como se disponga el pago de los costos del proceso.

Refiere que ingresó a laborar a la entidad demandada desde el 1 de enero de 2012 en el cargo de programadora del área de Programación - Unidad de Logística, mediante un concurso público, bajo el régimen del Decreto Legislativo 1057 – Contrato Administrativo de Servicios (CAS), el cual fue prorrogándose sucesivamente mediante adendas, y que a través de la Carta 334- 2020/HAPCSRII-2-4300201761, de fecha 23 de octubre de 2020, el hospital demandado le informó que sus funciones en dicha entidad culminarían indefectiblemente el día 31 de octubre de





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

2020. Manifiesta que su empleador conocía que era una trabajadora con un hijo recién nacido y que se encontraba haciendo uso de su periodo de lactancia, por lo que gozaba de la protección constitucional contra el despido. Denuncia la violación de sus derechos a la libertad de trabajo, a la protección de la familia, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud del medio familiar¹.

El Tercer Juzgado Civil de Piura, mediante Resolución 1, de fecha 11 de noviembre de 2020, admite a trámite la demanda².

El director ejecutivo, la jefa de la Oficina de Administración, el jefe de la Unidad de Recursos Humanos y el jefe de Asesoría Legal del Hospital de la Amistad Perú Corea Santa Rosa II-2, se apersonan al proceso y contestan la demanda afirmando que la demandante se encontraba sujeta al régimen CAS, el cual es a plazo determinado; y que no existió un acto de discriminación, pues el término del vínculo laboral se debió a que había vencido el plazo establecido en su contrato; y que existía falta de disponibilidad presupuestal en la Partida CAS. Asimismo, alegan que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria, como lo es el proceso contencioso-administrativo³.

El procurador público del Gobierno Regional de Piura deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda aseverando que la demandante laboró mediante un CAS sujeto a plazo determinado, el cual comenzó el 1 de octubre de 2012 y culminó el 31 de octubre de 2020. Además, refiere que fue la falta de presupuesto lo que imposibilitó continuar renovando los CAS y que la entidad demandada le otorgó licencia de maternidad cuando correspondió⁴.

El Tercer Juzgado Civil de Piura, con fecha 24 de marzo de 2021, declara infundada la excepción formulada⁵; y con fecha 2 de julio de 2021 declara improcedente la demanda, dejando a salvo el derecho de la demandante de hacer valer su derecho restitutorio en la vía correspondiente, por considerar que si bien la actora fue despedida sin

¹ F. 14.

² F. 43.

³ F. 62.

⁴ F. 206.

⁵ F. 326.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

un motivo justificado y de manera discriminatoria, no es procedente su reincorporación a su centro de labores, pues se encontraba sujeta al régimen CAS, que es de naturaleza temporal. Sostiene que el régimen de protección es la indemnización, por lo que la actora tiene derecho a solicitar en la vía procedimental correspondiente el pago de dicha indemnización, por haberse dado fin a su relación laboral de forma discriminatoria⁶.

La Sala Superior revisora confirma la Resolución 3 y la sentencia apelada, por similar fundamento⁷.

En su recurso de agravio constitucional, la actora precisa que su despido constituye un despido discriminatorio por razón de sexo, pues se encontraba gozando de su licencia por lactancia. Asimismo, denuncia también la vulneración de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación⁸.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando como programadora del área de Programación - Unidad de Logística en el Hospital de la Amistad Perú Corea Santa Rosa II-2, porque habría sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo debido a su condición de madre con permiso por lactancia. Denuncia la violación de sus derechos al trabajo, a la igualdad y a la no discriminación, entre otros. Además, solicita el pago de los costos del proceso.

Procedencia de la demanda

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 detallado, la demandante alega

⁶ F. 352.

⁷ F. 772.

⁸ F. 790 y 814.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

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 discriminación basada en el sexo y la tutela reforzada de los derechos de la mujer en la Constitución

3. La Constitución, en su artículo 2.2, dispone que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.
4. Uno de los especiales motivos de discriminación, que originan el surgimiento de una tutela reforzada, se suele fundar en el sexo de las personas. Así, toda distinción, exclusión, restricción o preferencias injustificadas basadas en este criterio, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos, se encuentra constitucionalmente prohibida.
5. 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 (...)». 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.
6. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional ha precisado 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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

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).

7. 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.
8. 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

9. El artículo 6, inciso g), del Decreto Legislativo 1057, consagra 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 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).

10. 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**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

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).

11. 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, 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.
12. 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 esto 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.
13. 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.
14. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

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.

15. 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.
16. 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.
17. 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.

¹⁰ 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

18. Por otro lado, si bien este Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del régimen CAS de manera abstracta y general¹⁴, esto no supone 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].

19. 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

20. En el caso concreto, de los medios probatorios presentados, se advierte que la accionante ha mantenido una relación laboral con el Hospital de la Amistad Perú Corea Santa Rosa II-2, desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de octubre de 2020, mediante CAS, Decreto Legislativo 1057, cargo que ganó mediante concurso público, lo cual no ha sido cuestionado por la parte demandada. En la Carta 334-2020/HAPCSR II-2-4300201761, de fecha 23 de octubre de 2020¹⁷, se comunica que se da por terminado su contrato CAS el 31 de octubre de 2020.

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.

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 F. 5.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

21. La recurrente alega que no se le renovó su contrato CAS, no obstante que el hospital emplazado conocía que venía gozando de permiso por lactancia; por ende, se encuentra acreditado que la recurrente, al 31 de octubre de 2020, se encontraba en periodo de lactancia, conforme se verifica del acta de nacimiento de su menor hijo (f. 11), quien nació el 23 de enero de 2020. Al respecto, la demandada, en el escrito de contestación de la demanda, afirma que la actora había suscrito un CAS y que el término de su vínculo laboral obedecía a la falta de disponibilidad presupuestal.
22. Con relación a lo afirmado por la demandante, esto es, que su despido está directamente relacionado con su condición de madre que venía gozando de permiso diario por lactancia, este Tribunal advierte que la entidad emplazada no ha negado que la actora venía gozando de dicho derecho.
23. Siendo ello 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 tenía conocimiento de su condición de madre trabajadora que venía gozando de permiso por lactancia. No obstante, dio por culminado su CAS sin sustentarse en una causa real, y se limitó a indicar una presunta “falta de disponibilidad presupuestal”.
24. En este sentido, conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, y de acuerdo con lo expresado *supra*, se debe presumir que la demandante ha sufrido un acto vulneratorio de su derecho a la no discriminación, que tuvo como causa su condición de trabajadora en período de lactancia, pues en la referida Carta 334-2020/HAPCSR II-2-4300201761, —mediante la cual se le comunicó a la accionante el término de su CAS—, la entidad demandada no justifica dicha decisión en una causa justa, sino que solo hace mención a la falta de disponibilidad presupuestal, conforme al artículo 4, 4.2 del Decreto Legislativo 1057, artículo que hace referencia a los requisitos para la celebración del contrato administrativo de servicios. Además, esta causa no se encuentra regulada en la norma como causal de extinción del contrato.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

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

25. Al respecto, 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:
- a. (...) 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).
 - b. 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 indeterminada.
 - c. 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 administración.
 - d. El cumplimiento del precedente debía realizarse desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario *El Peruano*.
26. El presente caso no es uno que trate de un supuesto de desnaturalización de contrato, el cual ha sido regulado por el “precedente Huatuco”. Adicionalmente, involucra una discriminación por razón de sexo de una trabajadora, despedida a causa de su estado de gestación, el cual convierte la decisión arbitraria del cese en un despido nulo. Este elemento adicional, por sí solo, comporta que el citado precedente sea aplicado en forma parcial.
27. 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 14 necesariamente, ya que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

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 de las plazas necesarias, y así brindar el servicio que les compete.

28. Por otro lado, cabe tener en cuenta que las leyes son de obligatorio cumplimiento¹⁸, y entre los principios que rigen la Ley Marco del Empleo Público¹⁹ se encuentran los de mérito y capacidad²⁰, así como el de previsión presupuestaria. Y que, en las 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”²¹.
29. De acuerdo con la norma glosada, la protección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público debe ser priorizada, 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 embarazada a la que, sin causa alguna, se la cesa. A la vez, tampoco sería conforme al ordenamiento jurídico ordenar su reposición a plazo indefinido cuando no se ha accedido por concurso público a una plaza presupuestada y vacante²², ya que se vulneraría tanto la meritocracia, como la igualdad de oportunidades.

¹⁸ Constitución del Perú, artículo 109.

¹⁹ Ley 28175, artículo IV.

²⁰ 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).

²¹ Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado (n. 10).

²² 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

30. En consecuencia, a fin de tutelar los derechos constitucionales y laborales de la trabajadora, así como los requisitos del acceso al empleo público a plazo indeterminado, este Tribunal Constitucional concluye que cuando no se le renueva el contrato a plazo fijo a una trabajadora que se encuentra embarazada o está en período de lactancia, sin que el empleador haya acreditado que el motivo para extinguir la relación laboral sea ajeno a la maternidad, 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

31. Por otra parte, este Tribunal considera que frente a casos de despidos (y no renovaciones contractuales) nulos, como este, corresponde brindar una tutela integral a los derechos que fueron vulnerados, a fin de reponer las cosas al estado anterior a la violación. En tal sentido es necesario emitir un pronunciamiento en torno a las remuneraciones que fueron dejadas de percibir por la recurrente debido a la conducta de la entidad empleadora.
32. Teniendo en cuenta que los despidos nulos son actos sin eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico, el incumplimiento del deber de laborar no puede ser atribuido al trabajador, sino al empleador. Por lo que, para restituir el derecho al trabajo y a la remuneración vulnerados por el acto discriminatorio del empleador, corresponde aplicar lo previsto en el Decreto Supremo 003-97-TR, en lo que resulte aplicable, en los casos de nulidad de despido de trabajadores CAS, según el cual, el juzgador “ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

imputables a las partes”²³.

33. Consecuentemente, en el presente caso, ese plazo debe computarse desde el día siguiente al que se dejó de laborar hasta la fecha de su reposición.
34. El reconocimiento de las remuneraciones devengadas en sede constitucional, en los casos de despido con vulneración de derechos fundamentales como ocurre en el presente caso, 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 país²⁴. 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 país²⁵ (T-1236-04; T-909-02; S. T-063/06, T-495/07, T-024/11). Finalmente, en Chile rige similar protección en los casos de despido nulo, por no haberse respetado el fuero, sea maternal o sindical, de un trabajador²⁶.

²³ Artículo 40.

²⁴ 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”.

²⁵ 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”.

²⁶ 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

35. Este derecho ha sido reconocido también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ordenó la reposición de los magistrados del Tribunal Constitucional inicualemente 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”²⁷.

Efectos de la presente sentencia

36. 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, así como el pago de las remuneraciones devengadas, desde la fecha en que ocurrió el cese 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.
37. 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.

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”.

²⁷ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, punto resolutivo n. 5. Ubicable en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf (énfasis añadido).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

38. 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,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, al haberse acreditado la vulneración de los derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad y no discriminación de la recurrente.
2. **ORDENAR** a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría al que tenía antes del cese, 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 día siguiente al que la demandante dejó de laborar 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.

PACHECO ZERGA
DOMÍNGUEZ HARO
MORALES SARA VIA
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH

PONENTE MORALES SARA VIA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

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 04 de noviembre de 2020, la recurrente interpone demanda de amparo contra el director ejecutivo, la jefa de la Oficina de Administración, el jefe de la Unidad de Recursos Humanos y el jefe de Asesoría Legal del Hospital de la Amistad Perú Corea Santa Rosa II-2, con el objeto que se declare inaplicable la Carta 334-2020/HAPCSRII-2-4300201761, de fecha 23 de octubre de 2020, mediante la cual se le comunica que su contrato laboral culminaría el 31 de octubre de 2020; y, en consecuencia, se disponga su reincorporación a su centro de trabajo para que continúe con su derecho de lactancia y se le reconozca su derecho a seguir contratada mientras exista la causa que justificó la contratación temporal en el régimen laboral público; así como el pago de los costos del proceso.
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 lactancia²⁸, 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.

²⁸ 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 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 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

3. En el presente caso, del análisis de los documentos, se llega a la conclusión de que la demandante se encontraba en período de lactancia cuando culminó su relación laboral con la demandada. Efectivamente, de los contratos administrativos de servicios y las boletas de pago de remuneraciones, queda demostrado que Rosa Elena Rivas Chong mantuvo una relación laboral bajo el régimen del Decreto Legislativo 1057 – Contrato Administrativo de Servicios (CAS) con el Hospital de la Amistad Perú Corea Santa Rosa II-2 desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de octubre de 2020. Asimismo, de la partida de nacimiento de su hijo, se verifica que la recurrente se encontraba ejerciendo su derecho de lactancia al momento de su cese.
4. Además, la actora alega que su empleador estaba plenamente informado de su situación como madre en período de lactancia, dado que ya había comunicado esta circunstancia. La entidad demandada no negó que la trabajadora estuviera ejerciendo su derecho de lactancia. No obstante, el 23 de octubre de 2020, a través de la Carta 334-2020/HAPCSRII-2-4300201761²⁹, el hospital informó que su contrato culminaría el 31 de octubre de 2020, sin proporcionar una justificación suficiente y limitándose a alegar falta de disponibilidad presupuestal.
5. Si bien la entidad demandada reconoció el estado de lactancia de la demandante, no adoptó las acciones necesarias para garantizar el derecho laboral reforzado que la Constitución otorga a las trabajadoras en dicha condición. Al no ofrecer una causa real que justificara la terminación del contrato y proceder con el cese durante el período de lactancia, la demandada incurrió en una situación de discriminación por razón de sexo, circunstancia que conlleva a concluir que su cese laboral resulta inconstitucional.
6. 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.

²⁹ F.5



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

7. 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.**

8. 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 no se trata de una relación laboral propiamente tutelable, sino en conexión con la igualdad de trato y protección de la mujer gestante; lo contrario sería habilitar la permanencia en el empleo únicamente por razón del embarazo, lo que no se condice con el modelo constitucional del empleo.

S.

GUTIÉRREZ TICSE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
HERNÁNDEZ CHÁVEZ**

Con el debido respeto por la posición de mis distinguidos colegas, emito el siguiente voto singular, en tanto discrepo del fallo adoptado en la ponencia suscrita por la mayoría. Las razones que sustentan mi posición se resumen en lo siguiente:

1. Con fecha del 4 de noviembre de 2020, Rosa Elena Rivas Chong interpuso demanda de amparo contra el director ejecutivo, la jefa de la Oficina de Administración, el jefe de la Unidad de Recursos Humanos y el jefe de Asesoría Legal del Hospital de la Amistad Perú Corea Santa Rosa II-2, solicitando que se declare inaplicable la Carta 334- 2020/HAPCSRII-2-4300201761, de fecha 23 de octubre de 2020, mediante la cual se le comunica que su contrato laboral culminaría el 31 de octubre de 2020; y, en consecuencia, se disponga su reincorporación a su centro de trabajo para que continúe con su derecho de lactancia y se le reconozca su derecho a seguir contratada mientras exista la causa que justificó la contratación temporal en el régimen laboral público; así como el pago de los costos del proceso.
2. Conuerdo con el extremo de la ponencia suscrita por mayoría respecto de declarar fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad y no discriminación de la recurrente; y en consecuencia, se ordene a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría al que tenía antes del cese, 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. Sin embargo, en cuanto al extremo de la demanda relacionado al pago de las remuneraciones devengadas por el tiempo que no laboró la demandante hasta su reposición, considero que dichas remuneraciones son de naturaleza indemnizatoria, lo que difiere de la naturaleza del proceso de amparo que es eminentemente restitutoria. Por dicho motivo, este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01792-2022-PA/TC
PIURA
ROSA ELENA RIVAS CHONG

Por estas razones, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de amparo al haberse acreditado la vulneración de los derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad y no discriminación de la recurrente.
2. **ORDENAR** a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría al que tenía antes del cese, 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. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en relación con el pago de remuneraciones devengadas por el tiempo que no laboró la recurrente hasta su reposición.

S.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ