

Exp. N.º 03322-2019-PA/TC

Cusco

Vasty Ccorahua Mar

Razón de Relatoría

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 11 de marzo del 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Blume Fortini y Ramos Núñez han emitido la siguiente sentencia que resuelve declarar **fundada** en parte e **improcedente** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 03322-2019-PA/TC, así como **exhortar** a la entidad emplazada a no incurrir en conductas similares.

Los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza Secretario Relator

S. S.

Ledesma Narváez

Ferrero Costa

Miranda Canales

Blume Fortini

Ramos Núñez

Sardón De Taboada

Espinosa-Saldaña Barrera

Sentencia del Tribunal Constitucional

En Lima, a los 11 días del mes de marzo del 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; y con los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

Asunto

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Vasty Ccorahua Mar contra la resolución de fojas 249, de fecha 11 de julio de 2019, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró infundada la demanda de autos.

Antecedentes

Con fecha 8 de febrero del 2018, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de San Jerónimo, solicitando que se deje sin efecto el despido nulo del que fue objeto, debido a su estado de gravedad; y que, consecuentemente, se ordene su reposición laboral como asistente administrativo – secretaria de la división de limpieza pública de la emplazada. Refiere que laboró mediante contratos de locación de servicios y contratos administrativos de servicios (CAS), desde el año 2015 hasta diciembre del 2017.

Sostiene la actora que mediante escrito presentado el 18 de diciembre del 2017, cumplió con comunicar a su empleador su estado de gestación, luego de lo cual la demandada procedió a cursarle una carta indicándole que iba a cesarla en sus funciones bajo el argumento de que su contrato concluía en diciembre de ese año. La demandante alega que se utilizó el término del plazo del contrato CAS para encubrir un despido discriminatorio motivado en su embarazo. Asevera que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

La procuradora pública de la Municipalidad Distrital de San Jerónimo solicitó la nulidad del auto admisorio de la demanda y propuso la excepción de falta de agotamiento de la vía previa. Contestó la demanda expresando que la actora fue contratada mediante contratos sujetos al régimen CAS, por lo que su relación laboral concluyó por vencimiento del plazo contemplado en su contrato, de modo que no existió despido, sino el término del vínculo contractual entre las partes conforme a las normas legales que regulan la figura de los contratos administrativos de servicios. Agrega que la recurrente no ha sido despedida en forma discriminatoria.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil del Cusco, con fecha 20 de agosto del 2018, declaró infundadas la nulidad deducida y la excepción propuesta. Posteriormente, con fecha 4 de octubre del 2018, declaró fundada la demanda, por considerar que el contrato administrativo de servicios de la actora se desnaturalizó y en los hechos se configuró una relación laboral permanente entre ambas partes sujeta a lo dispuesto en la Ley 24041, que otorga protección a los trabajadores. Sostiene que no se evidencia que la actora fue objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, dado que la demandada le comunicó sobre la no renovación del CAS antes de que tuviera conocimiento sobre su estado de gestación.

La Sala superior, revocó la apelada y declaró infundada la demanda, por estimar que la actora suscribió contratos CAS que vencieron el 26 de diciembre del 2017, lo cual es constitucionalmente válido conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional. Estima que no resulta amparable la pretensión de restitución de un trabajador comprendido en el régimen laboral CAS, más aún cuando en el caso de la actora sus alegatos de vulneración de sus derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y al trabajo no han sido probados.

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 asistente administrativo – secretaria de la división de limpieza pública de la Municipalidad Distrital de San Jerónimo, porque habría sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, dado que se encontraba en estado de gravidez.
2. Las circunstancias antes alegadas, permiten identificar al proceso de amparo como la vía idónea para evaluar la pretensión demandada, pues según afirma la demandante, nos encontraríamos frente a una lesión del derecho al trabajo y a la no discriminación por razón de sexo. En tal sentido, corresponde analizar el fondo de la controversia.

Análisis del caso concreto

3. El artículo 22 de la Constitución prescribe que “[e]l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; mientras que el artículo 27 preceptúa que “[l]a ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
4. De los contratos administrativos de servicios suscritos por las partes (f. 11 a 27), queda demostrado que desde el 27 de abril de 2015 la demandante ha mantenido con el municipio demandado una relación laboral regulada por el Decreto Legislativo 1057, la cual habría

culminado el 26 de diciembre del 2017, por el supuesto vencimiento de su contrato (conforme lo señala el literal h, del numeral 13, inciso 1 del Decreto Supremo 075-2008-PCM).

5. De la carta 186-2017-UPER-GA-MDSJ de fecha 15 de diciembre del 2017 (f. 41), se aprecia que la municipalidad emplazada comunicó a la recurrente que su relación laboral culminaba el 26 de diciembre del 2017, fecha de vencimiento de su contrato CAS (f. 27).

6. Por su parte, mediante el Informe 05-2017-VCM-DLP-GMAS-MDSJ/C, presentado el 18 de diciembre del 2017 (f. 38), se aprecia que la recurrente comunicó a su empleador que tenía 13 semanas de gestación.

7. Al respecto, este Tribunal en reiterada jurisprudencia, interpretando lo establecido en los artículos 2°, inciso 2, y 4 la Constitución, ha dejado sentado 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; 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.

8. Esta tutela ha sido recogida por la Ley 30709, publicada el 27 de diciembre del 2017, en el Diario Oficial "El Peruano", la misma que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, en cuyo artículo 6° establece lo siguiente:

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

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

9. En dicho sentido, si bien es cierto que la citada normativa fue publicada al día siguiente del cese laboral de la recurrente, también resulta cierto que la prohibición de despido y no renovación de contrato, por motivos vinculados con la condición del embarazo se encuentra cimentada en lo establecido por nuestra Constitución en su artículo 2°, inciso 2, que prohíbe la discriminación por razón de sexo.

10. Teniendo en cuenta la mencionada especial protección constitucional 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 gravidez de la recurrente, esto es desde el 18 de diciembre del 2017, no adoptó las acciones necesarias para garantizar su derecho al trabajo, generando así una situación de discriminación por razón de sexo, al optar continuar con su decisión de no renovar el contrato laboral de la demandante por el solo hecho de encontrarse embarazada, circunstancia que conlleva a concluir que su cese laboral resulta inconstitucional.

11. Por ello, correspondería tutelar los derechos al trabajo y a la igualdad, así como el derecho a no ser discriminado, y disponer la reposición laboral de la recurrente en protección de su derecho de continuar percibiendo sus remuneraciones durante el periodo de gestación y el año de lactancia, pero como este ha vencido con notable exceso, tal reposición laboral ya no cabe, por lo que el daño se ha tornado en irreparable.

12. Dada la situación descrita, en armonía con lo establecido en el último párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, al haberse acreditado que el despido del que fue víctima la recurrente resultó nulo, corresponde declarar fundada la demanda, para que situaciones

semejantes no se repitan exhortándose a la emplazada a no incurrir nuevamente en este tipo de conductas arbitrarias y lesivas de los derechos fundamentales de sus trabajadores.

13. Finalmente, en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional corresponde condenar al pago de costos procesales a la parte emplazada y dejar a salvo el derecho de la recurrente de acudir a la vía correspondiente, para solicitar el pago de la indemnización por los beneficios laborales que dejó de percibir y por los daños sufridos como consecuencia del despido nulo producido en su contra.

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

Ha resuelto

1. Declarar **fundada** en parte la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo, con expresa condena al pago de costos a la parte emplazada.
2. Dejar a salvo el derecho de la recurrente de acudir a la vía correspondiente, a fin de solicitar el pago de la indemnización por los beneficios laborales que dejó de percibir y por los daños sufridos como consecuencia del despido nulo acaecido en su contra.
3. Declarar **improcedente** la demanda en el extremo referido a la reposición de la demandante.
4. **Exhortar** a la emplazada a que, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en conductas similares a las que motivaron el presente proceso.

Publíquese y notifíquese.

S. S.

Ledesma Narváez

Blume Fortini

Ramos Núñez

Voto singular del magistrado Ferrero Costa

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

1. En el presente caso, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de San Jerónimo, solicitando se deje sin efecto el despido nulo del que fue objeto, debido a su estado de gravidez; y que, consecuentemente, se ordene su reposición laboral como asistente administrativo - secretaria de la división de limpieza pública de la emplazada.
2. La recurrente alega que mediante escrito presentado el 18 de diciembre del 2017, cumplió con comunicar a su empleador respecto a su estado de gestación, luego de lo cual la demandada procedió a cursarle una carta indicándole que iba a cesarla en sus funciones bajo el argumento de que su contrato concluía en diciembre de ese año. La demandante alega que se utilizó el término del plazo del contrato CAS para encubrir un despido discriminatorio motivado en su embarazo.
3. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que, en las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 00002-2010-PI/TC y N.º 03818-2009-PA/TC, así como en la resolución recaída en el Expediente N.º 00002-2010-PI/TC, este Tribunal ha establecido que el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo) no le resulta aplicable al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización), lo cual es plenamente compatible con el artículo 27 de la Constitución.

4. En el caso de autos, de los contratos administrativo de servicios, obrantes a fojas 11 a 27, queda demostrado que, desde el 27 de abril de 2015, la demandante ha mantenido con el municipio demandado una relación laboral a plazo determinado regulado por el Decreto Legislativo 1057, que culminó al vencer el plazo de duración establecido por las partes, esto es, el 26 de diciembre del 2017, conforme lo señala el literal h) del numeral 13 inciso 1 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.

5. No obstante, lo dicho, la demandante señala que la no renovación de su CAS responde a que previamente había comunicado a su empleador su estado de gestación. Sobre el particular, este Tribunal ha establecido en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC que las decisiones extintivas basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indubitadamente, una discriminación directa por razón de sexo, proscrita en el inciso 2, del artículo 2° de la Constitución.

6. Al respecto, conviene precisar lo estipulado en la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, en cuyo artículo 6° establece lo siguiente:

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

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

7. En ese sentido, en el Informe Técnico 258-2018-Servir/GPGSC, de fecha 19 de febrero del 2018, emitido por la gerente (e) de políticas de gestión de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, se concluyó lo siguiente respecto a los contratos administrativos de servicios:

La prohibición de no renovar el contrato de una servidora (bajo cualquier régimen) conforme a lo señalado en el artículo 6° de la Ley N° 30709, es aplicable cuando la razón de la no renovación se base en su condición de embarazo; por tanto, sólo en aquellos supuestos en los cuales se demuestre que la no renovación del contrato se debió al estado de gravidez de la servidora, se configura lo dispuesto en la norma citada; caso contrario, no se estaría configurando una causal discriminatoria y sería válida la no renovación al vencer el plazo del contrato CAS, conforme a lo establecido en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1057

8. En el caso de autos se advierte que, si bien la actora señala en su demanda que el 18 de diciembre del 2017 presentó a la demandada el Informe 05-2017-VCM-DLP- GMAS-MDSJ/C informando que tenía 13 semanas de gestación (fojas 38); sin embargo, debe tenerse en cuenta que a fojas 41 obra la carta 186-2017-UPER-GA- MDSJ de fecha 15 de diciembre del 2017, a través de la cual la municipalidad emplazada comunicó a la recurrente que su relación laboral culminaba el 26 de diciembre del 2017, fecha de vencimiento de su contrato CAS. Asimismo, según el documento de fojas 27 la última renovación del contrato administrativo de servicios que suscribieron las partes empezó a regir el 01 de setiembre del 2017 y tenía como fecha de término el 26 de diciembre de ese mismo año, es decir que 03 meses antes de que la demandada tuviera algún conocimiento del estado de gestación de la demandante, ambas partes habían pactado como fecha de vencimiento del último contrato, el 26 de diciembre del 2017.

9. En consecuencia, no obran indicios de que su no continuidad como trabajadora sujeta al régimen CAS esté relacionado directamente con su embarazo. Así, si bien la demandante alega lo contrario; ello no se puede corroborar con certeza a partir de los medios probatorios obrantes en autos. Por lo que, no podría concluirse que el cese laboral de la recurrente se haya debido a una decisión arbitraria que haya tenido como motivo su estado de gravidez.

10. Por lo tanto, al no haberse acreditado la alegada vulneración y considerando que la emplazada no se encuentra obligada a renovar indefinidamente los contratos administrativos de servicios, lo que significaría una restricción a su potestad empleadora, corresponde desestimar la presente demanda.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **infundada** la demanda autos.

S.

Ferrero Costa

Voto singular del magistrado Miranda Canales

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando como asistente administrativo – secretaria de la división de limpieza pública de la Municipalidad Distrital de San Jerónimo, porque habría sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, dado que se encontraba en estado de gravidez.

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 existe la necesidad de una tutela urgente atendiendo a la relevancia del derecho; y ello porque la recurrente, tanto en su demanda como en su recurso de agravio constitucional afirma que a la fecha de su cese se encontraba en estado de gestación y que por ello se ha vulnerado su derecho al trabajo y a la no discriminación. En consecuencia, el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger los derechos invocados por la parte demandante, por lo que se procederá a analizar el fondo de la controversia.

Los derechos sociales

3. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la libertad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1° de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.

4. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas¹. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción “derechos sociales” tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales².

5. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.

6. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales³.

□ Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.

□ Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.

□ Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional, pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

7. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el párrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.

8. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población⁴.

9. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos⁵.

10. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.

11. Ahora bien, los derechos sociales y sus titularidades tienen ciertas particularidades que en algunos casos hacen que su urgencia sea extrema. Estas situaciones de especial vulnerabilidad se encuentran en los grupos históricamente discriminados, también conocidos como las categorías sospechosas⁶. Aquí podemos encontrar situaciones tan variables como la raza, la edad, el género, salud mental⁷, entre otros.

12. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que las diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional⁸ con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

13. Aunada a la idea anterior, encontramos que los derechos sociales al momento de ser judicializados, deben encontrar medidas más sencillas para que puedan ser protegidos, aunque dicha situación dependerá mucho del enfoque que se utilice para interpretar los derechos sociales fundamentales, es decir ya sea por un análisis de razonabilidad, del mínimo esencial⁹ o el test de proporcionalidad¹⁰.

El derecho a la igualdad

14. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2° de nuestra Constitución: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser

discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).

15. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

16. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

17. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de igualdad. Esto se aborda, con mayor claridad en la igualdad en sentido material, que explicaremos en este voto.

18. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos¹¹. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

19. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia, es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero, no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

20. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

21. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios¹²:

i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.

22. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido¹³.

La situación de las mujeres en la sociedad actual

23. Durante el siglo pasado y en las últimas décadas la participación de las mujeres en los asuntos sociales, educativos, políticos y laborales, ha registrado cambios muy importantes. El avance en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos de aquella (por ejemplo, el derecho al sufragio y a la participación política, entre otros), ha generado que las mujeres no solo ocupen un rol importante en la sociedad, sino además que su “incorporación trajera aparejadas profundas transformaciones en diferentes aspectos, incluidos cambios en el mercado laboral, logros educativos, la disminución de la tasa de fecundidad femenina, modificaciones en las relaciones familiares y avances en el acceso a la toma de decisiones”¹⁴.

24. Dichos avances se han ido dando de manera paulatina y lentamente, por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos.

25. Entre los factores que obstaculizan el acceso de las mujeres para alcanzar dicho objetivo, tenemos los vinculados a la división sexual de trabajo, esto es, los distintos papeles tradicionales asignados en razón del sexo. Un claro ejemplo de ello se demuestra en la forma cómo se educa a las mujeres, a quienes desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas, cuando realmente ellas pueden corresponder, sin distinción alguna, tanto al hombre como a la mujer.

26. Otro factor a considerar tiene que ver con la naturaleza biológica de las mujeres, distinta a la de los hombres. Queda claro que tanto el hombre como la mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.

27. La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural. En consecuencia, se requiere que el derecho a la igualdad sea ampliado. No basta entender igualdad como no discriminación, sino también como reconocimiento de grupos desventajados. Ello permite incorporar datos históricos y sociales que den cuenta de fenómenos de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran amplios sectores de la sociedad, en este caso en particular el de las mujeres¹⁵. En esa línea, se trata de dismantlar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre las mujeres “desaventajadas”.

28. Por ello, consideramos que, en aras de promover la igualdad de oportunidades entre sexos, debe desecharse la idea de que son prioritariamente las mujeres quienes deben ocuparse de los hijos y de las tareas del hogar. Ello genera efectos negativos en su derecho de acceder a una profesión, a la educación o a un trabajo fuera del hogar. De lo que se trata es de garantizar que las funciones biológicas propias de las mujeres no acarree perjuicios en su situación educativa, laboral y profesional, y que el Estado otorgue toda la protección que resulte necesaria para combatir la situación de desigualdad estructural en nuestro país. Este problema se agudiza aún más si las mujeres sólo ven sobre el papel sus derechos sociales fundamentales.

29. La transformación de enfoque y percepciones tanto de hombres y mujeres, a efectos de lograr, en primer lugar, reconocimiento para la consecución de paridad de las mujeres en los ámbitos político, educativo y laboral, es una tarea pendiente que le corresponde al Estado a través de acciones positivas y a la sociedad en su conjunto. Ciertamente, “en el caso de las mujeres, las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, el Tribunal Constitucional, en la STC 0001-0003-2003-AI/TC (acumulados), ha destacado en el fundamento jurídico 12: “(...) cuando el artículo 103 de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2º, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos

30. Ahora bien, las acciones positivas que debe ejecutar el Estado deben ir acompañadas del reconocimiento de algunos derechos diferenciados en favor de las mujeres. Ello en la medida en que, como se afirmó antes, la naturaleza biológica está en el ámbito reproductivo, pues conlleva a ciertas acciones biológicas que no pueden ser asumidas por el hombre, tales como llevar el embarazo, el parto o la lactancia natural. No se pierde de vista que ya algunos tribunales se han pronunciado extendiendo el derecho del permiso por lactancia a los hombres cuando se trate de la lactancia artificial a diferencia de la lactancia natural que solo puede ser asumida por la madre¹⁶.

31. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hofman del 12 de julio de 1984 (párrafo 25), se consideró que respecto del embarazo y la maternidad, “se reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de dos clases de necesidades de las mujeres. Se trata de asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de las mujeres durante el embarazo y al término de éste, justo hasta el momento en que sus funciones fisiológicas y psíquicas se hayan normalizado después del parto, y, de otro lado, la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo/hija en el curso del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que estas relaciones sean turbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional”.

32. La Corte Constitucional de Colombia, tampoco ha sido ajena a esta problemática. En efecto, bajo la garantía conocida como fuero de maternidad se impide el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia (T-138-15, fundamento jurídico 6). Aunado a ello, también comprende el derecho al descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada (SU070-13, fundamento jurídico 21).

33. El propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la “licencia por maternidad” y el “permiso por lactancia” para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.

34. 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 a la salud de las mujeres, así como el derecho a la salud del niño o niña, sino que no haya conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales.

35. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado por las mujeres, sino que además ellas han sido sujetas de discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).

36. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).

37. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.

38. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que “la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate [...]” (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).

39. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2°.2 de la Constitución cuando establece que “nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole”. De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que “[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]”¹⁷.

40. En consecuencia, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que pueden generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales como el reconocimiento de la licencia por maternidad o el permiso por lactancia materna.

41. A razón de ello es conveniente que en este tipo de demandas se escuchen los argumentos de todos los actores civiles a efectos de mejorar las sentencias del Tribunal Constitucional, que en buena cuenta siempre deben encontrar la unanimidad en sus decisiones. Dicha unanimidad es posible por medio del diálogo, que funciona como un mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales¹⁸.

Análisis del caso concreto

42. El artículo 22 de la Constitución prescribe que “[e]l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; mientras que el artículo 27 preceptúa que “[l]a ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

43. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que en las Sentencias 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la Resolución 00002-2010- PI/TC, este Tribunal ha establecido que el régimen de protección sustantivo- reparador contra el despido arbitrario previsto en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios guarda conformidad con el artículo 27 de la Constitución.

44. Hecha esta precisión, cabe precisar que de los contratos administrativos de servicios, obrantes a fojas 11 a 27, queda demostrado que desde el 27 de abril de 2015, la demandante ha mantenido con el municipio demandado una relación laboral a plazo determinado regulado por el Decreto Legislativo 1057, que culminó al vencer el plazo de duración establecido por las partes, esto es, el 26 de diciembre del 2017, conforme lo señala el literal h) del numeral 13, inciso 1 del Decreto Supremo 075- 2008-PCM.

45. No obstante, la demandante sostiene que la no renovación de su CAS responde a que previamente había comunicado a su empleador su estado de gestación. Sobre el particular, este Tribunal ha establecido en la Sentencia 05652-2007-PA/TC que las decisiones extintivas basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indubitablemente, una discriminación directa por razón de sexo, proscrita en el inciso 2, del artículo 2° de la Constitución.

46. Al respecto, conviene precisar lo estipulado en la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, en cuyo artículo 6° establece lo siguiente:

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

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

47. En ese sentido, en el Informe Técnico 258-2018-Servir/GPGSC, de fecha 19 de febrero del 2018, emitido por la gerente (e) de políticas de gestión de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, se concluyó lo siguiente respecto a los contratos administrativos de servicios:

La prohibición de no renovar el contrato de una servidora (bajo cualquier régimen) conforme a lo señalado en el artículo 6° de la Ley N° 30709, es aplicable cuando la razón de la no renovación se base en su condición de embarazo; por tanto, sólo en aquellos supuestos en los cuales se demuestre que la no renovación del contrato se debió al estado de gravidez de la servidora, se configura lo dispuesto en la norma citada; caso contrario, no se estaría configurando una causal discriminatoria y sería válida la no renovación al vencer el plazo del contrato CAS, conforme a lo establecido en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1057

48. En el caso de autos se advierte que, si bien la actora asevera en su demanda que el 18 de diciembre del 2017 presentó a la demandada el Informe 05-2017-VCM-DLP- GMAS-MDSJ/C informando que tenía 13 semanas de gestación (fojas 38); sin embargo, debe tenerse en cuenta que a fojas 41 obra la carta 186-2017-UPER-GA- MDSJ de fecha 15 de diciembre del 2017, a través de la cual la municipalidad emplazada comunicó a la recurrente que su relación laboral culminaba el 26 de diciembre del 2017, fecha de vencimiento de su contrato CAS. Asimismo, según el documento de fojas 27, la última renovación del contrato administrativo de servicios que suscribieron las partes empezó a regir el 1 de setiembre del 2017 y tenía como fecha de término el 26 de diciembre de ese mismo año; es decir, que 3 meses antes de que la demandada tuviera conocimiento del estado de gestación de la demandante, ambas partes habían pactado como fecha de vencimiento del último contrato el 26 de diciembre del 2017.

49. En consecuencia, no obran indicios de que la no continuidad como trabajadora sujeta al régimen CAS de la recurrente esté relacionado directamente con su embarazo. Así, si bien la demandante alega lo contrario, ello no se puede corroborar con certeza a partir de los medios probatorios obrantes en autos. No puede concluirse por ello que el cese laboral de la recurrente se haya debido a una decisión arbitraria que tuvo como motivo su estado de gravidez.

50. Por tanto, mi voto es por declarar **infundada** la demanda.

S.

Miranda Canales

1 Mazziotti, Manlio. "Diritti sociali". En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803.

2 King, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19.

3 Pacheco Torres, Miguel Ángel. *El estado del estado social. Una cuestión pendiente*. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.

4 Exp. 02945-2003-AA, fundamento jurídico 12.

5 Abramovich, Víctor, Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, pág. 24.

6 Saba, Roberto. "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" En: Gargarella, Roberto (coordinador). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 695-742.

7 Smith Castro, Pamela, Burgos Jaeger, Mariana. "Los debates pendientes en materia de discapacidad, libertad y capacidad jurídica". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 144, Diciembre 2019, pp. 164-176. Precisamente sobre la discapacidad mental, la jurisprudencia constitucional tiene un largo camino por recorrer, como ya ha sido analizado en: Rodríguez Gamero, Marco Alonso. "Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad en las personas con discapacidad mental: una evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 18, Núm. 1, 2020, pp. 145-211.

8 Se distinguen hasta cinco formas de control constitucional respecto de los derechos sociales: Young, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 142-166.

9 Sobre el criterio de razonabilidad y el mínimo esencial: Liebenberg, Sandra. *Socio-Economic rights. Adjudication under a transformative constitution*. Claremont, Juta, 2010, pp. 131-227.

10 Contiades, Xenophon, Alkmene, Fotiadou. "Social rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation". In: *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 660-686.

11 Clérico, Laura y Aldao, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

12 Ídem, pp. 147-148.

13 Ídem, pág. 153.

14 Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2004), *Caminos hacia la equidad de género en América Latina y el Caribe*, en la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y El Caribe, Ciudad de México.

15 SABA, Roberto. "(Des)Igualdad estructural". En: Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

16 Véase por ejemplo la Sentencia 2005/2001 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2011 (ver en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=6381771&links=%222387%2F2011%22&optimize=20120524&publicinterface=true>) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-104/09 (ver en el siguiente enlace: http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-10-94_es.htm)

17 Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2°, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En el 42 período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009. Se visitó el siguiente enlace: www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc

18 Nino, Carlos. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Traducción de Roberto Saba. Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 202.

Voto singular del magistrado Sardón De Taboada

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco, el derecho al trabajo

debe ser entendido como la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2°, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61 de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que "la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario", se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo arbitrario, englobó tanto al despido nulo como al injustificado de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, arbitrario es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 –promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución– pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó arbitrario solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó injustificado.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido nulo no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

S.

Sardón De Taboada

Voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera

En el presente caso, considero que la demanda debe ser declarada **fundada** en todos **sus extremos**. A continuación, expreso mis razones:

1. En primer término, y sin duda alguna, una preocupación central de quien imparte justicia en general, y de este Tribunal Constitucional en particular, es la de asegurar el cumplimiento de sus decisiones. En ese sentido, en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, interpuesta en contra del Decreto Legislativo 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS).

2. Esto ha llevado a que el Tribunal Constitucional haya desestimado, en numerosas ocasiones, demandas donde trabajadores que laboraban al amparo de este régimen especial habían solicitado su reposición en el cargo que venían desempeñando en condición de trabajador permanente, alegando la desnaturalización de su contrato. Esta práctica constante, como queda claro, resulta coherente con lo decidido en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC.

3. Ahora bien, y más allá de lo señalado a nivel jurisprudencial, resulta pertinente recordar que el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) surgió con la intención de dejar atrás la Contratación por Servicios No Personales (SNP), ampliamente extendida a inicios de la década pasada. Sin embargo, resulta claro que, luego de varios años de utilización, no parece que este sistema de contratación responda actualmente al objetivo de forjar una administración pública eficiente, basada en la meritocracia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos.

4. En efecto, ello no podía ser de otro modo dada la temporalidad o, mejor dicho, la transitoriedad que debía tener este régimen especial y que quedó plasmado en la Ley 29849, que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, en cuyo artículo 1° se dispuso como objetivo “establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado mediante el Decreto Legislativo 1057. (...) La eliminación del referido régimen se efectúa de manera progresiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley”.

5. Sin embargo, y contra lo que pudiera pensarse, lo cierto es que, después de varios años, el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) no solo continúa existiendo sino que también ha venido creciendo de manera sostenida a una tasa promedio anual de 8% en el período 2009 - 2016, de tal forma que actualmente representan al 22% del empleo público sujeto a un régimen laboral, como bien se desprende del Informe “Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios”, emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).

6. En mérito a lo expuesto, y en lo que ha sido una posición sistemáticamente expresada en casos referidos al régimen CAS que han llegado a este Tribunal (Cfr. Exp. 03581-2015-PA; Exp. 02489-2019-PA; 07184-2013-PA; entre otros), señalé que la cobertura constitucional y legal de este régimen especial no puede ni debe entenderse como una constante, y sin variación alguna en el tiempo, máxime si cada vez son más el número de causas que plantean problemáticas complejas que giran en torno a la permanencia de este régimen. Citamos, a modo de ejemplo, los casos de trabajadoras embarazadas a las que no se les renueva el contrato, trabajadores sindicalizados o que buscan formar un sindicato, trabajadores que son contratados inicialmente bajo diversas modalidades para luego, con el fin de no otorgar la reposición en un eventual proceso judicial, se les hace firmar contratos CAS, entre otros supuestos.

7. Siendo así, me preguntaba en aquellos casos por cuánto tiempo más el mantenimiento de este régimen especial contará con una cobertura constitucional y legal suficiente, muy independientemente de las loables intenciones que podrían guiar a quienes han permitido su permanencia, exhortando a debatir acerca de dicho punto en sede jurisdiccional.

8. Señalé también que, si bien es cierto que el ejercicio de las competencias explícitas e implícitas de un Tribunal Constitucional puede reivindicar ciertas funciones y potestades para sí, aunque no se encuentran expresamente reconocidas para él, ello debe darse siempre y cuando se encuentren dentro de lo “constitucionalmente necesario”, y no, como alegan algunos, de lo “constitucionalmente posible”.

9. Y es que, en estricto respeto a una separación de funciones y un criterio de corrección funcional, el Tribunal Constitucional peruano debía entender que en rigor a quien corresponde solucionar la problemática en torno a la aún permanencia del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) es al legislador, sin que ello equivalga a consagrar un inmovilismo estéril sobre el particular, cuando es precisamente el Tribunal Constitucional quien tiene como labor precisamente la de defender y promover la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos.

10. A partir de lo aquí expuesto, queda claro que, a partir del reconocimiento de este régimen especial como uno de carácter transitorio, cuya temporalidad no puede entenderse como algo que se prolongue indefinidamente, y de la lamentable constatación de que no ha operado cambio alguno en materia legislativa sobre este particular en ya casi una década, corresponde hacer ajustes a nuestra posición inicial para garantizar una óptima protección de los derechos fundamentales que aquí puedan encontrarse implicados.

11. Y es que si bien, en tanto y en cuanto el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) se encuentra plenamente vigente y su constitucionalidad ha sido confirmada, todavía seguirán existiendo pronunciamientos que guarden coherencia con dicha posición. Sin embargo, resulta necesario que, en casos como el presente, el Tribunal Constitucional peruano asuma una participación que, sin romper los parámetros constitucional o legalmente necesarios y su real capacidad operativa, pueda afrontar los problemas derivados de la supervivencia de este régimen especial, más allá de lo inicialmente proyectado y en búsqueda de una efectiva protección de todo el plexo de derechos fundamentales que puedan encontrarse implicados en estas controversias.

12. Debemos, por tanto, reforzar la idea de que la labor del juez constitucional, que tiene por fin último el reconocimiento y la tutela de los derechos, debe, precisamente, superar cualquier dificultad, limitación o formalidad que dificulte ese quehacer. En ese sentido, debe dejarse de lado cualquier interpretación formalista de una norma o un concepto, haciendo uso de otros criterios y métodos de interpretación que apunten a una óptima defensa de los derechos fundamentales.

13. En el presente caso, de la revisión de los actuados, se tiene que la demandada estuvo efectivamente embarazada, a la fecha del cese de sus labores. Además, si bien la actora comunicó de su embarazo días después de haber sido notificada de su no renovación del contrato CAS, lo cierto es que ya tenía 13 semanas de gestación, por lo que era evidente su estado para su empleador. En ese sentido, queda claro que su despido se debió a su estado de gestación.

14. De esta forma, y dado que la emplazada no ha demostrado que la no renovación de su contrato CAS se haya debido a una falta grave u otra razón debidamente justificada, queda claro que la demandante fue víctima de un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo, y por tanto debe estimarse la demanda en todos sus extremos.

S.

Espinosa-Saldaña Barrera