



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 514/2020

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE
MIRANDA

Con fecha 20 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, por mayoría, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Asimismo, los magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera formularon fundamentos de voto y los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Ramos Núñez emitieron votos singulares.

La secretaría del Pleno deja constancia de que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Ramos Núñez, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Jannet Cristina Cherre Miranda contra la resolución de fojas 274, de fecha 8 de julio de 2019, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de marzo de 2016, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Hospital Nuestra Señora de las Mercedes de Paita, mediante la cual solicita que se deje sin efecto: a) el Memorándum 99-2015-GRP-SRSLCC-HLMP-UA, de fecha 1 de diciembre de 2015, con el cual se le informa que el vencimiento de su contrato se haría efectivo el 31 de diciembre de 2015; y b) la Resolución Directoral 07-2015-GRP-DRSP-E.S.P.II-HLMP-D.G, de fecha 26 de enero de 2016, que declaró infundado su recurso de apelación interpuesto contra el memorándum que le informó la culminación de su vínculo contractual. En consecuencia, solicita su reposición laboral como contadora en el hospital emplazado.

Refiere que laboró para la emplazada desde el 1 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2015 de forma ininterrumpida mediante recibos por honorarios, contratos administrativos de servicios (CAS) y, finalmente, sin suscribir contrato alguno. La demandante refiere que fue cesada el día 31 de diciembre de 2015 por su condición de dirigente sindical de la organización denominada “Sindicato Unificado de Trabajadores del Sector Salud – Unidad Ejecutora 405– Hospital Nuestra Señora de las Mercedes – Paita”. Arguye que, como secretaria de capacitación y cultura del referido sindicato comenzó a denunciar las irregularidades cometidas por el hospital emplazado, a fin de salvaguardar los intereses de los trabajadores; razón por la cual se ha procedido a cesarla como represalia ante su actuación. Agrega que pese a su despido continuó ejerciendo como dirigente sindical, razón por la cual le comunicaron al director de la emplazada la realización de una marcha pacífica para el día 21 de enero de 2016.

La procuradora pública del Gobierno Regional de Piura contesta la demanda y expresa que las pretensiones sobre el cese laboral en el sector público deben tramitarse exclusivamente en el proceso contencioso-administrativo. Además, indicó que la demandante fue contratada en virtud de contratos administrativos de servicios que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

tuvieron como último plazo de vigencia el 31 de diciembre de 2015; en ese sentido, la conclusión de su vínculo laboral no responde a su condición de dirigente sindical.

El Primer Juzgado Civil de Paita, con fecha 2 de junio de 2018, declaró infundada la demanda de amparo. Puesto que el juez de primera instancia consideró que la sola elección de la recurrente como secretaria de cultura del sindicato y su participación como miembro de la junta directiva sindical no acreditan que el despido obedezca a la actividad sindical que venía realizando la actora, sino que se debe acreditar la violación con la ocurrencia de actos o hechos concretos que demuestren la conducta antisindical de su empleador. Por otro lado, estimó que la demandante continuó laborando después del vencimiento de su último contrato CAS, por lo cual se prorrogó automáticamente por el mismo plazo; ante ello, el hospital demandado tenía la obligación de comunicar la no prórroga del contrato CAS de la demandante con una anticipación no menor de cinco días hábiles, hecho acaecido mediante el Memorándum 99-2015-GRP-SRSLCC-HLMP-UA, de fecha 1 de diciembre de 2015.

La Sala superior competente confirmó la apelada por estimar que no se evidencia de forma concreta y evidente que la culminación de su contrato CAS esté vinculada con su condición de dirigente sindical. Además, señaló que en su escrito de impugnación del Memorándum 99-2015-GROP-SRLCC-HLMP-UA, por el cual se dispuso la no renovación de su contrato CAS, solo se argumentó que se encontraba amparada por la Ley 24041, mas no la relación entre su cese y su condición de miembro de la organización sindical a la que pertenecía. Preciso que laborar luego del vencimiento del contrato CAS implica la prórroga de este y en ningún caso la desnaturalización de este contrato de trabajo especial.

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, por haber sido objeto de un despido nulo por razón de su afiliación a una organización sindical.

El despido nulo en el régimen laboral especial del Decreto Legislativo 1057

2. En la sentencia emitida en el Expediente 07792-2013-PA/TC, publicada el 3 de agosto de 2018, este Tribunal tuvo la oportunidad de desarrollar el tema del despido nulo –relacionado a la afiliación sindical– en el régimen laboral especial regulado por el Decreto Legislativo 1057 y su reglamento.
3. Sobre el particular, se mencionó que el Decreto Legislativo 1057 fue modificado por la Ley 29849, que establece la Eliminación Progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga Derechos Laborales. Así, el artículo 6 de dicho cuerpo normativo fue modificado y se incorporó en el literal i) el derecho "a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

la libertad sindical", el cual debe ser ejercitado "conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, y normas reglamentarias".

4. El referido Decreto Supremo 010-2003-TR dispone en su artículo 30 que "el fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación"; y en su artículo 31, literal b, señala que se encuentran protegidos por el fuero sindical "los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales [...]".
5. En la sentencia del Expediente 00008-2005-PI/TC, fundamentos 26 y 27, este Tribunal ha precisado los alcances del derecho a la libertad sindical en armonía con los tratados internacionales sobre la materia. En dicha ocasión se definió este derecho fundamental como la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical; y se señaló que la garantía del fuero sindical pertenece al contenido del derecho a la libertad sindical en su dimensión plural.
6. Es decir, a luz de la Ley 29849 y el Decreto Supremo 010-2003-TR, el legislador actualmente ha brindado cobertura legal a la protección de los derechos de los dirigentes sindicales pertenecientes al régimen laboral del Decreto Legislativo 1057, pues según la normativa antes expuesta dichos trabajadores se encontrarían también resguardados por el fuero sindical, garantía que es acorde con el contenido del derecho fundamental a la libertad sindical.
7. En consecuencia, en caso de despido de un dirigente sindical de este régimen especial también constituye un despido nulo en los términos definidos en la sentencia del Expediente 00976-2001-PA/TC, fundamento 15.a); según el cual el despido nulo sucede –entre otros supuestos– cuando "se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición)". Por esta razón, el empleador está impedido de despedir a cualquier dirigente sindical del Decreto Legislativo 1057, sino es por una causa justa relacionada con su capacidad o su conducta debidamente demostrada.
8. Esta exigencia debe cumplirse no solamente durante la vigencia del contrato administrativo de servicios, sino al "término" de este. Cabe precisar que a la luz del derecho fundamental a la libertad sindical, existe una obligación de la Administración Pública de prolongar o renovar los contratos administrativos de los dirigentes sindicales mientras perdure la necesidad del servicio; puesto que de no ser así, dada la naturaleza temporal del régimen del Decreto Legislativo 1057, el cambio de los representantes sindicales quedaría siempre a merced del empleador cuando no renueve el contrato administrativo; es decir, que el cambio de los dirigentes sindicales no estaría sujeto a la decisión de los propios sindicalizados,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

sino del empleador vía no renovación, lo que constituiría indirectamente una intromisión patronal en la organización sindical. Por ello, el cese laboral de los dirigentes sindicales debe estar restringido a razones objetivas no solamente durante la vigencia del contrato administrativo, también al momento de la no renovación, este último siempre que subsista la necesidad institucional que cubría el trabajador.

9. Si bien es cierto que el Decreto Legislativo 1057 no restringe la potestad del empleador para no renovar los contratos administrativos de servicios, también es cierto que, en el caso de los dirigentes sindicales, los efectos de tal omisión son gravemente negativos y colisionan con el artículo 28 de la Constitución que garantiza la libertad sindical, por consiguiente –como se ha indicado– dificulta seriamente la permanencia en el tiempo de la dirección del sindicato y hasta su existencia misma. De tal manera, que entre resguardar la potestad del empleador de no renovar el contrato administrativo de servicios vencido por plazo contractual a pesar de la necesidad del servicio y asegurar la defensa de los derechos de los trabajadores a través de la continuidad de la dirigencia sindical, esto es, entre la garantía de la libre contratación y el derecho a la libertad sindical, este supremo órgano, en este contexto especial, debe satisfacer en mayor medida al segundo, dado que solamente así será posible materializar la posibilidad de la defensa sindical de este grupo de trabajadores tal como requiere el artículo 28 de la Constitución y disminuirá el peligro de desarticulación de las asociaciones sindicales a causa de decisiones de las entidades empleadoras.
10. En ese sentido, el cese de cualquier dirigente sindical se presumirá como despido nulo si se interrumpen sus labores por vencimiento contractual y la necesidad de las funciones que desempeñaba en la entidad persista y no haya concurrido una causa justa de despido relacionada con su capacidad o su conducta; despido que igualmente debe ser reparado mediante una medida adecuada conforme al artículo 27 de la Constitución y que, conforme al Decreto Legislativo 1057, dicha medida es la indemnización (y no la reposición laboral).
11. En la resolución aclaratoria de la sentencia del Expediente 00002-2010-PI/TC, así como en la sentencia recaída en el Expediente 03818-2009-PA/TC, el Tribunal ha referido que el artículo 13.3 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, como también el Decreto Legislativo 1057 ha previsto un régimen de protección sustantivo reparador que tiene una eficacia resarcitoria, que es compatible con el precitado artículo 27 de la Constitución; por lo que, en el supuesto que un dirigente sindical sea despedido le corresponderá la indemnización, que según el artículo 10 del Decreto Legislativo 1057 será de un máximo de 3 remuneraciones mensuales.

Procedencia de la demanda

12. El objeto de la demanda es que se reponga a la demandante en el cargo que venía desempeñando como contadora. Afirma que se le despidió por razón de ser dirigente sindical.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

13. La demandante señala haber laborado para la emplazada desde el 1 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2015, en virtud a una relación civil (emitiendo recibos por honorarios), luego mediante contratos administrativos de servicios y, finalmente, sin firmar contrato alguno. En contraste con lo señalado por la actora, de los documentos obrantes en autos se puede acreditar su continuidad laboral desde diciembre de 2013 a diciembre de 2015 (ff. 20 a 24 y 59 a 62); por lo que es este tramo el que debe ser materia de análisis por este Tribunal.
14. En autos obran las boletas de pago correspondientes a diciembre de 2013 al 31 de diciembre de 2015 (ff. 20 a 24 y 59 a 62), de dichos documentos se aprecia que la demandante desempeñó el cargo de contadora sujeta al régimen laboral especial CAS, regulado por el Decreto Legislativo 1057.
15. Ahora bien, respecto al periodo comprendido de enero a diciembre del año 2015, la demandante ha referido no haber firmado ningún contrato de trabajo (ff. 90 y 311) – hecho que no ha sido negado por la emplazada –, por lo que, según la demandante, ha operado la desnaturalización de su relación contractual.
16. Sobre este punto, este Tribunal considera que el contrato administrativo de servicios se prorroga de manera automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios. Ahora bien, esto no significa que dicho contrato se convierta en uno de duración indeterminada, como lo ha señalado la actora, pues el artículo 5 del Decreto Supremo 075-2008-PCM prescribe expresamente que la “duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación”. Este parecer, por cierto, se encuentra actualmente reconocido en el artículo 5, inciso 2 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, que fue incorporado por el Decreto Supremo 065-2011-PCM.
17. En ese sentido, queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado, que culminó supuestamente al vencerse el plazo contractual, esto es, el 31 de diciembre de 2015.
18. Sin embargo, la demandante alega haber sido despedida por ser miembro del Sindicato Unificado de Trabajadores del Sector Salud – U.E. 405 – Hospital Nuestra Señora de las Mercedes – Paita y haber denunciado irregularidades cometidas por el emplazado y salvaguardar los intereses de los trabajadores. Sobre el particular, según se observa de fojas 38 a 40, la recurrente tenía el cargo de secretaria de capacitación y cultura para el periodo comprendido del 8 de julio de 2015 al 7 de julio de 2017.
19. Para acreditar su despido discriminatorio, la recurrente ha adjuntado: i) la comunicación presentada con fecha 9 de setiembre de 2015, mediante la cual el sindicato mencionado, a través de su junta directiva, informa sobre un presunto caso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

de acoso sexual y tocamientos indebidos contra una trabajadora del hospital emplazado (f. 41); y ii) los documentos presentados con fecha 20 de noviembre y 14 de diciembre de 2015, mediante los cuales la junta directiva denuncia presuntas irregularidades en el proceso de contratación de personal y solicita el cambio del jefe de personal (ff. 47 a 49 y 51 a 55). Conviene precisar que en estos documentos aparece el sello y la firma de la actora en su calidad de dirigente sindical; por lo que la emplazada tenía conocimiento de tal condición.

20. Además, de acuerdo con el escrito de impugnación presentado por la junta directiva de la organización sindical cuestionando la culminación de la relación laboral de varios trabajadores (culminación que se llevaría a cabo el día 31 de diciembre de 2015) se señala lo siguiente (f. 56):

(..) circulando el documento mencionado; causándonos la imprevisión que solamente se le está circulando a trabajadores que en algún momento han participado de algún reclamo y/o son dirigentes sindicales; y ya que no a todos los trabajadores se les está circulando este memorando del supuesto término de contrato, aun cuando se encuentran en las mismas condiciones de trabajo, (...)

21. En tal sentido, dado que la recurrente ha proporcionado indicios más que razonables acerca de que la no renovación de su contrato administrativo de servicios estuvo motivado por razones antisindicales, debe presumirse que ha sido objeto de un despido nulo; por lo que la parte emplazada tiene la carga de demostrar que la no renovación contractual se debió a que la necesidad de la actividad en la que se desempeñaba la actora feneció o que, subsistiendo esta, la demandante incurrió en falta relacionada con su conducta o capacidad laboral; caso contrario, procederá el pago de una indemnización, de conformidad con el artículo 10 *in fine* del Decreto Legislativo 1057.
22. En consecuencia, atendiendo a que la recurrente –en su último periodo laboral– ha sido una trabajadora del régimen especial del Decreto Legislativo 1057, cuyo régimen de protección es la **indemnización**, conforme se ha referido; y, en vista que el proceso de amparo solo tiene eficacia restitutoria en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional; corresponde que los autos sean reconducidos al juez ordinario laboral a efectos de que se tramite conforme a ley. En tal sentido, el *a quo* debe remitir, de inmediato, los autos al juez competente para que prosiga con su trámite y la actora adecue su demanda si lo considera conveniente.
23. Por los fundamentos expuestos previamente no cabe estimar la demanda de amparo interpuesta por la recurrente.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
2. Ordenar la reconducción del proceso a la vía del proceso laboral y ordenar al juez de origen que remita, de inmediato, los autos al juez ordinario competente para que prosiga su trámite y la actora adecue su demanda si así lo considera conveniente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

LOS DERECHOS SOCIALES

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC

PIURA

JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

- ❖ 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.
5. 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.
 6. 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.
 7. 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.
 8. 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.
 9. 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,

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

también conocidos como las categorías sospechosas⁶. Aquí podemos encontrar situaciones tan variables como la raza, la edad, el género, salud mental⁷, entre otros.

10. 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.
11. 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

12. 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).

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 JAEGGER, 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

13. 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.
14. 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).
15. 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.
16. 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.
17. 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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

18. 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.
19. 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”.
20. 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

¹² Ídem, pp. 147-148.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido¹³.

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

21. 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.
22. 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.
23. 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.
24. 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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.

25. 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 dismantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre las mujeres "desaventajadas".
26. Por ello, consideramos necesario 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 acarreen 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.
27. 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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

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 2, 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

28. 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.
29. 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".
30. 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

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&datasematch=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)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada (SU070-13, fundamento jurídico 21).

31. 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.
32. 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.
33. 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).
34. 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).
35. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.

36. 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 desproporionalmente 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).
37. 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.
38. 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 imparciales¹⁷.

S.

MIRANDA CANALES

¹⁷ NINO, Carlos. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Traducción de Roberto Saba. Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 202.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia expedida en autos, discrepo de su fundamentación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

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 casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito señalar lo siguiente:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

Administrativa de Servicios”, emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).

6. En mérito a lo expuesto, este Tribunal estima 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, cabe preguntarse 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. En ese sentido, considero que éste representa un punto sobre cuyos alcances conviene conversar.
8. Por último, conviene pronunciarse si en mérito a la propia estructura del Tribunal Constitucional peruano, los procesos que allí se atienden y lo que implica materializar las sentencias ya emitidas, este Alto Tribunal cuenta con la debida capacidad operativa e institucional para afrontar los problemas existentes en el escenario aquí descrito.
9. Adelantando algo de esa discusión, convendría señalar 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, siempre y cuando se encuentren dentro de lo "constitucionalmente necesario", y no, como alegan algunos, de lo "constitucionalmente posible". Señalo esto en mérito a que considero que, en estricto respeto a una separación de funciones y un criterio de corrección funcional, el Tribunal Constitucional peruano debe 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.
10. Lo recientemente señalado, por cierto, no debe llevar al inmovilismo de un Tribunal Constitucional, cuya labor es precisamente la de defender y promover la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos, labor que, por cierto, implica resolver conforme a Derecho, inclusive muy a despecho de los vacíos o insuficiencias que pueda presentar el ordenamiento jurídico vigente del país donde le toca actuar.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

11. Estamos pues ante materias sobre las cuales se hace necesario conversar, y evaluar lo decidido en su momento, máxime cuando se aprecia que no se están produciendo los cambios legislativos que este Tribunal Constitucional había tomado como presupuesto para decidir en determinado sentido en las controversias que resuelve en relación a este régimen especial.
12. Como síntesis entonces a este primer tema, 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 indispensable analizar si lo ahora previsto permite una participación del Tribunal Constitucional peruano que, sin romper los parámetros constitucionales 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.
13. Ahora bien, también existe un segundo tema que anotar; y es 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. Además, debe corregirse en sede de la interpretación constitucional cualquier lectura formalista y en puridad técnicamente incorrecta de la normatividad vigente, máxime si se trata de tutelar los derechos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

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. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido nulo por razón de su afiliación a una organización sindical. La demandante refiere que fue cesada por su condición de dirigente sindical de la organización denominada “Sindicato Unificado de Trabajadores del Sector Salud – Unidad Ejecutora 405– Hospital Nuestra Señora de las Mercedes – Paita”. Arguye que, como secretaria de capacitación y cultura del referido sindicato comenzó a denunciar las irregularidades cometidas por el hospital emplazado, a fin de salvaguardar los intereses de los trabajadores; razón por la cual se ha procedido a cesarla como represalia ante su actuación.
2. 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 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.
3. Hecha la precisión que antecede, cabe señalar que, con las boletas de pago correspondientes a diciembre de 2013 al 31 de diciembre de 2015 (ff. 20 a 24 y 59 a 62), queda demostrado que la demandante desempeñó el cargo de contadora sujeta al régimen laboral especial CAS, regulado por el Decreto Legislativo 1057 tuvieron como último plazo de vigencia el 31 de diciembre de 2015.
4. La recurrente para acreditar su despido discriminatorio, ha adjuntado: i) la comunicación presentada con fecha 9 de setiembre de 2015, mediante la cual el sindicato mencionado, a través de su junta directiva, informa sobre un presunto caso de acoso sexual y tocamientos indebidos contra una trabajadora del hospital emplazado (f. 41); y ii) los documentos presentados con fecha 20 de noviembre y 14 de diciembre de 2015, mediante los cuales la junta directiva denuncia presuntas irregularidades en el proceso de contratación de personal y solicita el cambio del jefe de personal.
5. Sin embargo, la citada documentación solo permite advertir la participación de la recurrente como miembro de la junta directiva sindical mas no acredita que el cese del contrato administrativo de servicios se haya producido a causa de dicha actividad sindical. Por lo tanto, de autos no se concluye que su cese laboral se debió



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

a una decisión arbitraria que pudiera considerarse violatoria de sus derechos constitucionales o que haya tenido como motivo su condición de dirigente sindical y no el vencimiento del contrato administrativo de servicios. En consecuencia, toda vez que la extinción de la relación laboral de la demandante se produjo conforme a ley, no corresponde estimar la demanda.

Por estas consideraciones, voto por declarar **INFUNDADA** la demanda autos.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC

PIURA

JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA POR DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA POR HABERSE VULNERADO EL DERECHO AL TRABAJO DE LA RECURRENTE

Discrepo, respetuosamente, de la sentencia de mayoría, que ha optado por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, por cuanto considero que la demanda es **FUNDADA** en virtud de los argumentos que a continuación paso a exponer:

1. La demanda de amparo de autos tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido nulo, dado que dicho acontecimiento se habría producido por su condición de dirigente sindical de la organización denominada “Sindicato Unificado de Trabajadores del Sector Salud – Unidad Ejecutora 405– Hospital Nuestra Señora de las Mercedes – Paita”.
2. La recurrente alega que laboró para la emplazada desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2015 de manera ininterrumpida, inicialmente bajo la modalidad de prestación de servicios con abonos mediante recibos por honorarios, posteriormente como personal sujeto a contrato administrativo de servicios (CAS) y, finalmente, sin suscribir contrato alguno.
3. Refiere que a raíz que fue electa como secretaria de capacitación y cultura del antes mencionado sindicato, mediante el Memorándum 99-2015-GRP-SRSLCC-HLMP-UA, de fecha 1 de diciembre de 2015, la emplazada le informó que no le renovarían su contrato, siendo cesada el 31 de diciembre de dicho año.
4. El Decreto Supremo 010-2003-TR dispone en su artículo 30 que "el fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación"; y en su artículo 31, literal b, señala que se encuentran protegidos por el fuero sindical "los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales" [...].
5. En los fundamentos 26 y 27 de la sentencia recaída en el expediente 00008-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado los alcances del derecho a la libertad sindical en armonía con los tratados internacionales sobre la materia. En dicha ocasión se definió este derecho fundamental como la capacidad autodeterminativa para participar en la ejecución y desarrollo de la actividad sindical, y se señaló que la garantía del fuero sindical pertenece al contenido del derecho a la libertad sindical en su dimensión plural.
6. Así, a la luz de la Ley 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios y otorga derechos laborales, y del precitado Decreto Supremo 010-2003-TR, el legislador actualmente ha brindado cobertura legal a la protección de los derechos de los dirigentes sindicales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

pertenecientes al régimen laboral del Decreto Legislativo 1057, pues según la normativa antes expuesta dichos trabajadores se encuentran también resguardados por el fuero sindical, garantía que es acorde con el contenido del derecho fundamental a la libertad sindical.

7. En consecuencia, el despido de un dirigente sindical que pertenezca a este régimen especial deviene en nulo en los términos definidos en el fundamento 15, ítem a), de la sentencia del Expediente 00976-2001-PA/TC, según el cual el despido nulo sucede –entre otros supuestos– cuando "se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición)". Por esta razón, el empleador está impedido de despedir a cualquier dirigente sindical que pertenezca al régimen laboral establecido por el Decreto Legislativo 1057, salvo que sea por causa justa relacionada con su capacidad o su conducta, debidamente sustentada.
8. Al respecto, conforme se advierte de autos y lo señala la propia sentencia, en el presente caso la entidad emplazada no ha cumplido con acreditar que la no renovación de la recurrente se debió a alguna falta grave o al fenecimiento de la necesidad institucional respecto de sus servicios, lo que evidencia que la demandada no renovó el contrato de la actora únicamente por razones vinculadas a su condición de dirigente sindical; circunstancia que conlleva a concluir que se produjo un despido nulo.
9. En tal sentido, este Tribunal en su condición de garante de los derechos fundamentales, debe tutelar la vigencia de los derechos afectados (el derecho al trabajo y el derecho a la libertad sindical) y como consecuencia de ello restituir las condiciones laborales de las que gozaba la demandante hasta antes de su indebido cese, por lo que correspondería que se le reponga en su puesto de trabajo, bajo el régimen laboral en el que se encontraba. Sin embargo, tomando en cuenta que la designación de la actora en el cargo de secretaria de capacitación y cultura del Sindicato Unificado de Trabajadores del Sector Salud – Unidad Ejecutora 405– Hospital Nuestra Señora de las Mercedes – Paita”, feneció el 8 de julio de 2017, conforme se desprende de la Resolución Sindical, del 9 de octubre de 2015 (fojas 38), a la fecha no gozaría de la protección que le otorgaba el fuero sindical, por lo que resultaría imposible restablecerla en su puesto de trabajo, tornándose de esta manera el daño en irreparable.
10. No obstante, tomando en cuenta lo establecido en el último párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional y al haberse acreditado el despido nulo del cual fue pasible la recurrente, se debe declarar fundada su demanda, exhortándose a la emplazada a no incurrir nuevamente en este tipo de conductas arbitrarias y lesivas de los derechos fundamentales de sus trabajadores.
11. En consecuencia, la demanda debe ser declarada fundada en parte, con condena en costos procesales, y dejar a salvo el derecho de la recurrente de acudir a la vía



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

correspondiente, a fin de solicitar el pago de la indemnización por los beneficios laborales que dejó de percibir como consecuencia del despido nulo producido en su contra.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque declarar **FUNDADA** en parte la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo, correspondiendo, además, el pago de costos; e **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la reposición de la demandante en el puesto de trabajo que venía ocupando en el “Hospital Nuestra Señora de las Mercedes – Paíta”, por haberse tornado en irreparable el daño causado; y, finalmente, **EXHORTAR** a la parte demandada que, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en conductas similares a las del presente caso.

S.

BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito este voto singular porque, si bien concuerdo con diversos fundamentos expuestos en la ponencia, discrepo de la decisión finalmente adoptada.

En este caso, la recurrente refiere que laboraba para la emplazada desde el 1 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2015 de forma ininterrumpida mediante recibos por honorarios, contratos administrativos de servicios (CAS) y, finalmente, sin suscribir contrato alguno. La demandante refiere que fue cesada el día 31 de diciembre de 2015 por su condición de dirigente sindical de la organización denominada “Sindicato Unificado de Trabajadores del Sector Salud – Unidad Ejecutora 405– Hospital Nuestra Señora de las Mercedes – Paita”. Arguye que, como secretaria de capacitación y cultura del referido sindicato comenzó a denunciar las irregularidades cometidas por el hospital emplazado, a fin de salvaguardar los intereses de los trabajadores; razón por la cual se ha procedido a cesarla como represalia ante su actuación. Agrega que pese a su despido continuó ejerciendo como dirigente sindical, razón por la cual le comunicaron al director de la emplazada la realización de una marcha pacífica para el día 21 de enero de 2016.

Comparto la ponencia cuando indica que, si bien el Decreto Legislativo 1057 no restringe la potestad del empleador para no renovar los contratos administrativos de servicios, también es cierto que, en el caso de los dirigentes sindicales, los efectos de tal omisión son gravemente negativos y colisionan con el artículo 28 de la Constitución que garantiza la libertad sindical.

También considero que, como se ha indicado en la ponencia, el cese de cualquier dirigente sindical se presumirá como despido nulo si se interrumpen sus labores por vencimiento contractual y la necesidad de las funciones que desempeñaba en la entidad persista y no haya concurrido una causa justa de despido relacionada con su capacidad o su conducta.

Del mismo modo, en la sentencia se brindan suficientes elementos que permiten advertir que la renovación del Contrato Administrativo de Servicios de la demandante no fue renovado con ocasión de la actividad de la parte demandante.

Sin embargo, la ponencia considera que la protección que corresponde a la recurrente es la que dispensa el Decreto Legislativo 1057 -esto es, la indemnización-, por lo que resuelva reconducir este caso al juzgado laboral competente.

Estimo que ello introduce una innecesaria diferenciación entre los trabajadores del sector público, ya que, en función de su régimen laboral concreto, se podrá determinar si le corresponde solo pedir una indemnización o, por el contrario, solicitar la reposición.

Esto no implica, por cierto, que estemos cambiando nuestra jurisprudencia y que todos los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Legislativo 1057 puedan reclamar su reposición, sino solamente esto podrá operar en los casos en los que, como el presente, se expongan hechos que comprometan severamente derechos como la libertad sindical o a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03798-2019-PA/TC
PIURA
JANNET CRISTINA CHERRE MIRANDA

no ser objeto de despido o no renovación del contrato de trabajo por razones de embarazo o maternidad.

Por ello, mi voto es porque la demanda sea declarada como **FUNDADA**, y que se ordene a la entidad emplazada reponga a la recurrente como trabajadora en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos del proceso.

S.

RAMOS NÚÑEZ