

PROCEDENCIA DEL AMPARO PARA EL TRABAJADOR CAS DESPEDIDO

Protección constitucional especial para los trabajadores CAS

José María Pacori Cari¹

Maestro en Ciencias Políticas y Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Socio de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Columnista en el Suplemento “La Gaceta Jurídica” del Diario La Razón en Bolivia. Fue Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad La Salle del Perú. Catedrático de Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Comercial en la Universidad José Carlos Mariátegui del Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima en el Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en el Perú. Docente de LP el portal jurídico del Perú. Member of Law Council of Australia. Miembro de Pleno Derecho del Instituto Vasco de Derecho Procesal

Sumario: 1. Protección constitucional especial al trabajador - 1.1. Madre trabajadora - 1.2. Menor de edad trabajador - 1.3. Trabajador impedido - 2. Trabajadores CAS protegidos constitucionalmente - 2.1. Protección constitucional de la madre trabajadora CAS - 2.2. Protección constitucional del trabajador discapacitado CAS

*Vigilantibus iura succurrunt*². Por regla general, los conflictos laborales individuales de los trabajadores CAS se solucionan en el proceso contencioso administrativo laboral, por tratarse de actuaciones administrativas respecto del personal sujeto a subordinación de la Administración Pública, conforme observamos del artículo 4, inciso 6), del TUO de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo – Decreto Supremo 011-2019-JUS – que indica

“Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas”: “6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública”.

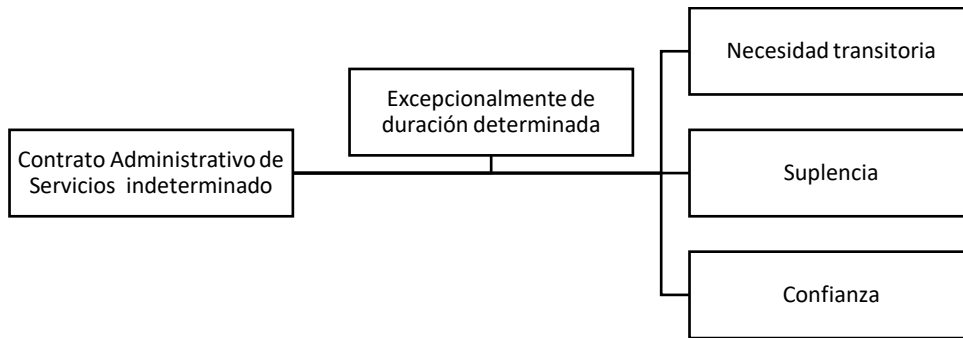
Sin embargo, **excepcionalmente**, los trabajadores CAS podrían recurrir al proceso constitucional de amparo, *verbi gratia*, en defensa de su derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido injustificado, teniendo en cuenta, por presunción de laboralidad, el carácter indeterminado del contrato administrativo de servicios (CAS) previsto en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1057 – Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios - que indica

“El contrato administrativo de servicios es de tiempo indeterminado, salvo que se utilice para labores de necesidad transitoria o de suplencia”.

En efecto, se presume que la contratación administrativa de servicios (CAS) es a plazo indeterminado, salvo que la entidad pública (empleadora) acredite la necesidad transitoria, suplencia o confianza en la contratación CAS.

¹ Contacto: corporacionhramsl@gmail.com o móvil y WhatsApp (+51) 959666272.

² El derecho protege a los vigilantes.



Estando a lo indicado, es preciso establecer cuándo sería posible que un trabajador CAS pueda recurrir al proceso constitucional de amparo, *in essentia*, para la protección de su derecho constitucional al trabajo conforme al inciso 12) del artículo 44 del Nuevo Código Procesal Constitucional – Ley 31307 – que indica

“El amparo procede en defensa de los siguientes derechos”: “12) Al trabajo”.

1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIAL AL TRABAJADOR

Desde un punto de **vista subjetivo**, la Constitución Política del Perú establece una especial protección para determinados trabajadores según su estatus jurídico. En efecto, el artículo 23, primer párrafo, de la Constitución Política del Perú establece

“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”.

De la lectura de este artículo tenemos que son sujetos laborales de especial protección constitucional

1.1. Madre trabajadora. Esta protección laboral halla sustento en el artículo 8, numeral 1) del Convenio OIT 183 – Convenio sobre la protección de la maternidad – que indica

“1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”.

Durante todo el embarazo, la madre trabajadora tiene protección contra el despido injustificado, lo que se extiende durante todo el **período de lactancia** que culmina cuando el hijo cumple un (1) año de edad, conforme al artículo 1.1 de la Ley 28731 – Ley que amplía la duración del permiso por lactancia materna - que indica

*“La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, **hasta que su hijo tenga un año de edad**” (el resaltado es nuestro).*

Durante el embarazo y el período de lactancia se presume que el término de la relación laboral constituye un despido injustificado, salvo que el empleador acredite con prueba objetiva que el término de la relación laboral se debe a motivos diferentes al embarazo y sus consecuencias, *verbi gratia*, está acreditada la comisión flagrante de la falta laboral de asistir al trabajo en estado de ebriedad.

Sin embargo, cuando la Constitución establece la especial protección de la madre trabajadora, no debemos limitar esta protección al embarazo y sus consecuencias, sino a otras situaciones que acreditan la afectación del contenido esencial al derecho fundamental al trabajo, *verbi gratia*, que la madre trabajadora sea viuda y se encuentre a cargo de un hijo menor discapacitado.

Conforme a esto, no importando el régimen laboral de la madre trabajadora, esta puede recurrir al proceso constitucional de amparo en defensa de sus derechos constitucionales al trabajo y a la remuneración, lo que incluye a las madres trabajadoras CAS.

1.2. Menor de edad trabajador. Esta protección está contenida en el artículo 3, numeral 1) del Convenio OIT 138 – Convenio sobre la edad mínima - que indica

“La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años”.

En el ordenamiento jurídico peruano, la autorización para el trabajo de adolescentes requiere edades mínimas, las cuales se encuentran previstas en el artículo 51 del Código de los Niños y Adolescentes – Ley 27337 - que indica

“Las edades mínimas requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes: 1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia: a) Quince años para labores agrícolas no industriales; b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras; y, c) Diecisiete años para labores de pesca industrial. 2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional”.

Conforme a esto, es necesario determinar si es posible la contratación de adolescentes trabajadores bajo el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS), lo que nos remite al artículo 9 del Decreto Legislativo 1057 que establece

“Son aplicables al trabajador sujeto al Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057, en lo que resulte pertinente, la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público”.

Cuando nos remitimos a la Ley 28175 – Ley Marco del Empleo Público -, tenemos que en su artículo 7, literal b) se establece

*“Son requisitos para postular al empleo público”: “b) **Tener hábiles sus derechos civiles y laborales**” (el resaltado es nuestro).*

Ergo, para tener hábiles los derechos civiles se debe contar en la capacidad de ejercicio plena, prevista en el artículo 42 del Código Civil que indica

“Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio”.

In genere, para postular como trabajador CAS se requiere ser mayor de dieciocho (18) años, por lo que no sería posible la contratación bajo el régimen CAS de trabajadores adolescentes,

no resultando aplicable esta situación especial de protección para el menor de edad que trabaja.

1.3. Trabajador impedido. Esta protección laboral halla también sustento en el artículo 7 del Convenio OIT 159 – Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo - que indica

“Las autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo; siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias”.

En efecto, esta protección laboral, deriva de la protección al discapacitado prevista en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú que indica

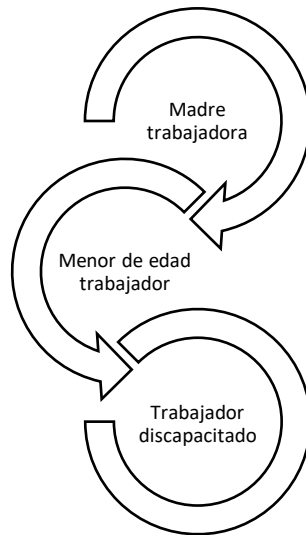
“La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

Lo anterior deriva en el derecho al trabajo de la persona con discapacidad, que implica una especial protección contra el despido injustificado o cualquier acto de hostilidad laboral que afecte el contenido esencial de sus derechos fundamentales, lo que nos remite al artículo 45.1 de la Ley 29973 – Ley General de la Persona con Discapacidad - que indica

“La persona con discapacidad tiene derecho a trabajar, en igualdad de condiciones que las demás, en un trabajo libremente elegido o aceptado, con igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, y con condiciones de trabajo justas, seguras y saludables”.

En este supuesto, los trabajadores CAS discapacitados tendrán especial protección contra el despido injustificado y demás derechos laborales que afecten el contenido esencial de sus derechos fundamentales.

De esta manera, de estos sujetos de especial protección tenemos que los menores de edad trabajadores son protegidos de manera negativa, prohibiendo su trabajo fuera de los límites legales permitidos en aras de garantizar su derecho a la recreación y educación; por su parte, la protección de la mujer trabajadora y trabajador discapacitado, es una protección positiva desde que se garantiza su estabilidad laboral en el trabajo, por lo que de estar sujetos al término injustificado de su relación laboral, se dispondrá su reposición en tanto la Constitución directamente establece su protección.



2. TRABAJADORES CAS PROTEGIDOS CONSTITUCIONALMENTE

Para la contratación administrativa de servicios se requiere que el trabajador tenga capacidad de ejercicio, por lo que los menores de edad no pueden ser trabajadores CAS, *ergo*, los trabajadores CAS protegidos constitucionalmente son la madre trabajadora y el trabajador discapacitado, situación que incluso halla mayor protección conforme al numeral 2) del artículo 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales que indica

*“Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, **particularmente aquellos destinados a los minusválidos**. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, **encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo**” (el resaltado es nuestro).*

Conforme a lo anterior, tenemos que la madre trabajadora CAS y el discapacitado trabajador CAS tienen protección constitucional en caso de despido injustificado, como se verificará de la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de observancia obligatoria, conforme a lo indicado en el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional – Ley 31307 - que indica

*“Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. **Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional**” (el resaltado es nuestro).*

2.1. Protección constitucional de la madre trabajadora CAS. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por ‘madre’ a

“Mujer que ha concebido o ha parido uno o más hijos”.

Sin embargo, esta definición de madre, puede resultar falta de equidad en algunos supuestos, *verbi gratia*, la tía que se queda a cargo de su sobrino menor de edad, la abuela que se hace cargo de su nieto menor de edad por el abandono de los padres, o la madre que adopta un menor de edad; es por esto que la definición de **‘madre’** debe extenderse, también conforme al Diccionario de la Real Academia Española, a

“Mujer con cualidades atribuidas a una madre, especialmente su carácter protector y afectivo”.

Refiriéndonos a la madre trabajadora CAS, es preciso remitirnos al fundamento 11 de la Sentencia 901/2023 recaída en el Expediente 03134-2022-PA/TC de fecha 26 de julio de 2023 que indica

*“Conforme se ha señalado, no existe controversia respecto a que la demandante fue víctima de un despido nulo, esto es, que **el cese fue por causa de su estado de gestación**. Por tanto, en el caso concreto, para determinar si la actora debe ser repuesta mediante un contrato a plazo indeterminado, primero debe ser determinada si le alcanzaba la protección otorgada en la Ley 31131, ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, publicada el 9 de marzo de 2021” (el resaltado es nuestro).*

Por su parte, el fundamento 15 y 16 de la Sentencia 901/2023 recaída en el Expediente 03134-2022-PA/TC de fecha 26 de julio de 2023 también indica

*“Por otro lado, la actora ha demostrado que ingresó en la referida entidad mediante un concurso público, conforme a la constancia que obra a folios 327. En esta constancia se expresa que la actora, en el año 2015, realizaba labores administrativas en la Diresa Tumbes (Digitadora). Asimismo, está acreditado que antes del cese la parte demandante se desempeñaba como asistente administrativo en el área de Transportes de la Dirección Regional de Salud de Tumbes (fojas 33, 45 y 46), labores que son de naturaleza permanente. **En consecuencia, la actora al ser cesada inconstitucionalmente se encontraba bajo los alcances de la Ley 31131, por lo que corresponde retrotraer las cosas al estado anterior a la violación de los derechos de la actora, es decir, ordenar su reposición a plazo indeterminado, bajo los alcances de la citada ley”** (el resaltado es nuestro).*

Como consecuencia de estos fundamentos, la Sentencia 901/2023 recaída en el Expediente 03134-2022-PA/TC de fecha 26 de julio de 2023 resuelve

*“2. **Ordenar a la emplazada que reponga a la accionante en su puesto de trabajo o en otro de similar nivel o categoría al que tenía antes del cese, bajo los alcances de la Ley 31131.** La reposición deberá efectuarse en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas previstas en el Nuevo Código Procesal Constitucional. 3. Ordenar el pago de las remuneraciones devengadas desde el 12 de marzo de 2021 hasta la fecha de su reposición, con deducción de los periodos de inactividad procesal, no imputable a las partes, así como el abono de los costos del proceso”* (el resaltado es nuestro).

Es así que nuestro Tribunal Constitucional otorga protección constitucional a una madre trabajadora CAS reconociendo su estabilidad laboral por aplicación de la Ley 31131, situación que se deriva de la especial protección constitucional de la madre trabajadora.

2.2. Protección constitucional del trabajador discapacitado CAS. El artículo 2 de la Ley 29973 – Ley General de la Persona con Discapacidad – define a la persona con discapacidad en los siguientes términos

“La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.

Con relación al trabajador discapacitado CAS, tenemos el fundamento 7 de la Sentencia 478/2024 recaída en el Expediente 04202-2023-PA/TC de fecha 12 de abril de 2024, donde el Tribunal Constitucional indica:

*“Este Tribunal advierte que lo expresado en la adenda indicada supra es conforme a lo dispuesto en el artículo 4, primer párrafo, de la Ley 31131 (vigente desde el 10 de marzo de 2021), concordante con la sentencia recaída en el Expediente 00013-2021-PI/TC, de fecha 19 de diciembre de 2021, y su resolución de aclaración, así como con el artículo 103 de la Constitución, toda vez que la citada norma legal es aplicable a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia, lo que sí ocurre en el presente caso, dado que, como se verifica de la demanda y de sus anexos, **el actor prestó servicios desde el 1 de noviembre de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2022, esto es, que el demandante se encontraba laborando a la fecha en que entró en vigencia la Ley 31131, norma que reconoció el carácter indeterminado de los contratos CAS vigentes al 10 de marzo de 2021**”.*

El pronunciamiento del TC es por la procedencia contenida en el fundamento 4 de la Sentencia 478/2024 recaída en el Expediente 04202-2023-PA/TC de fecha 12 de abril de 2024, el Tribunal Constitucional que indica

*“Así, en el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho (STC 02383-2013-PA). En efecto, **de autos se advierte que el actor es una persona con discapacidad que se encuentra inscrita en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad a cargo del Conadis. Por tanto, el proceso de amparo es idóneo para resolver la controversia de autos**” (el resaltado es nuestro).*

Como consecuencia de lo anterior, en la Sentencia 478/2024 recaída en el Expediente 04202-2023-PA/TC de fecha 12 de abril de 2024, el Tribunal Constitucional resuelve

*“2. Declarar fundada la demanda, porque se ha acreditado la vulneración de los derechos constitucionales alegados por don Atilio César Arauco Cuadros. 3. Ordenar que la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar cumpla con reponer a don Atilio César Arauco Cuadros **en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar nivel o categoría bajo los alcances de la Ley 31131, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas prescritas en el artículo 27 del Nuevo Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales**” (el resaltado es nuestro).*

De esta manera, acreditada la condición de trabajador CAS discapacitado, el Tribunal Constitucional en aplicación de la Ley 31131 ha dispuesto la reposición del trabajador CAS, pese a que la vía idónea es el proceso contencioso administrativo laboral, esto debido a la situación constitucional especial del trabajador CAS.

CONCLUSIÓN

En conclusión, de estas dos (2) jurisprudencias podemos afirmar que el Tribunal Constitucional tiene competencia constitucional para conocer procesos constitucionales de amparo de trabajadores CAS (madres y discapacitados trabajadores) para disponer su

reposición laboral en aplicación de la Ley 31131, siempre y cuando sean parte del grupo de especial protección constitucional.

REFERENCIAS

- Constitución Política del Perú (31 de diciembre de 1993). Perú.
- Convenio OIT 138 (1973). Convenio sobre la edad mínima. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo.
- Convenio OIT 159 (1983). Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas). Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo.
- Convenio OIT 183 (2000). Convenio sobre la protección de la maternidad. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo.
- Decreto Legislativo 1057 (28 de junio de 2008). Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios. Perú.
- Decreto Legislativo 295 (14 de noviembre de 1984). Código Civil. Perú.
- Decreto Supremo 011-2019-JUS (04 de mayo de 2019). Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. Perú.
- Ley 27337 (07 de agosto de 2000). Código de los Niños y Adolescentes. Perú.
- Ley 28175 (19 de febrero de 2004). Ley Marco del Empleo Público. Perú.
- Ley 28731 (13 de mayo de 2006). Ley que amplía la duración del permiso por lactancia materna. Perú.
- Ley 29973 (24 de diciembre de 2012). Ley General de la Persona con Discapacidad. Perú.
- Ley 31307 (23 de julio de 2021). Nuevo Código Procesal Constitucional. Perú.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (17 de noviembre de 1988). Protocolo de San Salvador. San Salvador, El Salvador: decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.
- Sentencia 478/2024 (12 de abril de 2024). Expediente 04202-2023-PA/TC. Perú: Tribunal Constitucional.
- Sentencia 901/2023 (26 de julio de 2023). Expediente 03134-2022-PA/TC. Perú: Tribunal Constitucional.