EXP. N.° 05505-2014-PA/TC
MOQUEGUA
LETICIA GUMERCINDA MAMANI
EUGENIO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 21 días del mes de octubre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada y Espinos-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Leticia Gumercinda Mamani Eugenio contra la sentencia de fojas 195, de fecha 19 de setiembre de 2014, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de marzo de 2013, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Torata solicitando que se deje sin efecto el despido discriminatorio del cual ha sido objeto por causa de su estado de gestación materializado mediante la carta 042-2013-SGRRHH-GAyR/MDT de fecha 22 de febrero de 2013; y que, en consecuencia, sea reincorporada al cargo de proyectista en la subgerencia de estudios de la municipalidad demandada. Refiere que prestó servicios del 10 de mayo de 2012 hasta el 22 de febrero de 2013, sin suscribir por escrito un contrato de trabajo. Manifiesta que desempeñó labores de manera permanente y que, en los hechos, era una trabajadora con una relación laboral de naturaleza indeterminada. Señala que la demandada tenía conocimiento de su embarazo, toda vez que por su estado tuvo que solicitar permisos médicos que luego eran justificados, y porque era evidente que se encontraba embarazada. Afirma que al ser despedida se ha vulnerado su derecho constitucional a la no discriminación.

El procurador público de la municipalidad emplazada propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda argumentando que la actora laboró durante 9 meses y 11 días, no renovándose su contrato por motivos de reestructuración. Refiere que es falso que la actora haya sido discriminada por razón de su embarazo, pues nunca comunicó dicha situación, tal es así que en los documentos que presentaba únicamente se consignaba que tenía una enfermedad. Manifiesta que la actora estuvo sujeta al régimen laboral público del Decreto Legislativo 276 y que no le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24041 porque no tenía un año de servicios ininterrumpidos.

El Segundo Juzgado Mixto de la provincia de Mariscal Nieto, con fecha 8 de julio de 2013, declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa. A su turno, la Sala revisora confirmó la apelada.

Con fecha 3 de marzo de 2014 el Segundo Juzgado Mixto de Mariscal Nieto declaró infundada la demanda por estimar que a la actora no le alcanza la protección prevista en el artículo 1 de la Ley 24041, dado que solamente trabajó durante 9 meses y 11 días, y porque tampoco se ha comprobado que su cese se haya debido a su estado de gestación, pues no existen los documentos que acrediten tal situación.

La Sala revisora confirmó la apelada por similares fundamentos, al considerar que no está acreditado fehacientemente que haya existido discriminación y porque no laboró por más de un año ininterrumpido, tal como lo establece el artículo 1 de la Ley 24041.

En su recurso de agravio constitucional, la demandante incide en que su despido fue consecuencia de su estado de gravidez.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demandante pretende que se le reincorpore a su puesto de trabajo como proyectista de la municipalidad demandada sujeta al régimen laboral público. Alega que se ha vulnerado su derecho constitucional a no ser discriminada porque fue despedida debido a su estado de gravidez. Para ello, la cuestión controvertida se centra en determinar si el despido al que hace referencia la demandante fue o no nulo.

Consideraciones previas y procedencia de la demanda

2. Como cuestión previa, corresponde analizar la competencia del Tribunal Constitucional para resolver la controversia. En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha establecido que las pretensiones en las que se solicita la reposición de un trabajador que estuvo sujeto al régimen laboral público deben ventilarse en el proceso contencioso administrativo; sin embargo, solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo.

3. Por tanto, a pesar de que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal las controversias relativas al personal sujeto al régimen laboral público deben ser dilucidadas en la vía del proceso contencioso administrativo, en el presente caso este Tribunal considera que la urgencia de la tutela se encuentra acreditada porque la actora ha denunciado ser víctima de un despido por encontrarse en estado de gestación, por lo que la pretensión demandada debe ser analizada en el presente proceso.

4. Asimismo, conforme al precedente establecido en el Expediente 02383-2013-PA/TC, en referencia al artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, se establece:

> 12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este Tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada "igualmente satisfactoria": una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).
>
> 13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea)[1], o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea)[2]. Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.
>
> 14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad)[3]; situación también predicable cuanto existe un proceso ordinario considerado como "vía igualmente satisfactoria" desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)[4].
>
> 15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:
>
> - Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
>
> - Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
>
> - Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y
>
> - Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.
>
> [...]
>
> 16. Esta evaluación debe ser realizada por el Juez o por las partes respecto de las circunstancias y derechos involucrados en relación con los procesos ordinarios. Es decir, los operadores deben determinar si la vía es idónea (en cuanto permite la tutela del derecho, desde el punto de vista estructural, y es susceptible de brindar adecuada protección) y, simultáneamente, si resuelta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia).

5. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que existe una afectación de especial urgencia que exime a la demandante de acudir a otra vía para discutir su pretensión. Ello se configura porque el caso de autos versa sobre una controversia referida a un supuesto despido producido con motivo del embarazo, el cual goza de protección a través del amparo, por cuanto, conforme al artículo 23 de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre que trabaja prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razón de su embarazo.

Análisis de la controversia

6. Conforme se advierte de las boletas de pago de fojas 2 a 10, se ha acreditado que la demandante laboró desde mayo de 2012 hasta febrero de 2013 bajo el régimen laboral público, sin suscribir un contrato escrito, habiendo ejercido la labor de proyectista.

7. La demandante sostiene haber sido despedida debido a su estado de gestación, por tanto para efectos de resolver la presente controversia debemos comenzar por recordar nuestra jurisprudencia sobre la discriminación laboral por motivos de gravidez. En tal sentido, en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC se estableció que las decisiones extintivas basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indudablemente, una discriminación directa por razón de sexo proscrita por el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.

   Asimismo, conforme se estableció en la sentencia emitida en el Expediente 01151-2010-PA/TC:

   > La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por lo tanto, cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción) en el ámbito público o privado que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de gravidez, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de que es titular, constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno derecho por contravenir el inciso 2, del artículo 2, de la Constitución.

8. Para declarar nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, lesivo del derecho a la no discriminación por razón de sexo, es menester la acreditación del previo conocimiento del estado de gestación por parte del empleador que despide o el requisito de la previa notificación de dicho estado por la trabajadora al empleador.

   En este sentido, el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma

previa al despido.

9. De autos no se comprueba de modo fehaciente que a la fecha del cese de la recurrente, la emplazada haya tenido pleno conocimiento del estado de gestación de la demandante, o que se haya cumplido con comunicar tal hecho, puesto que en los informes, constancias y justificaciones presentadas por la actora a la demandada solamente se precisa que se encontraba enferma (folios 11 a 16), del mismo modo las fotografías que presentó conjuntamente con su demanda tampoco consignaban la fecha en que fueron tomadas, en consecuencia, no se ha demostrado que a la fecha del cese, esto es el 22 de febrero de 2013 (folio 18), la demandada tuviera conocimiento del estado de gravidez de la demandante.

10. De otra parte, el artículo 1 de la Ley 24041 establece:

> Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley.

11. Conforme se señaló en el fundamento 6 *supra*, la demandante laboró durante 9 meses y 11 días (folios 2 a 10 y 20), por tanto, no le alcanzaría la protección prevista en el artículo 1 de la Ley 24041, por lo que la demanda es infundada.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría. A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición.

Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco 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 contratación y trabajo consagradas en el artículo 2°, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59°; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61° de la Constitución.

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

La proscripción constitucional de la reposición incluye a los trabajadores del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo 276. Ellos tampoco pueden ser repuestos sino solo acceder a una indemnización.

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 actual 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

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 05505-2014-PA/TC
MOQUEGUA
LETICIA GUMERCINDA MAMANI EUGENIO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas en mérito a las razones que a continuación expongo:

1. El Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo laboral, sobre todo en el sector público. Es en ese contexto que se han dictado precedentes que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada situación. En esta ocasión voy a hacer referencia a los precedentes Vásquez Romero" (00987-2014-PA/TC), "Elgo Ríos" (02383-2013-PA/TC) y "Huatuco" (05057-2013-PA/TC) con su precisión en el caso "Cruz Llamos" (06681-2013-PA/TC).

2. Ahora bien, esta interacción no puede darse de cualquiera manera, sino que responde a un orden, que no es otro que el del propio Código Procesal Constitucional, así como de un respeto a un criterio de especialidad. Es decir, siempre deberá realizarse primero un análisis del contenido constitucionalmente protegido (art. 5.1 CPConst) y luego un análisis de la vía igualmente satisfactoria (art. 5.2 del CPConst), para luego pasar a las causales más específicas de improcedencia, como las que se refieren a la pertenencia o no a la carrera administrativa.

3. Como ya hemos señalado en numerosas ocasiones, la verificación de cada uno de estos elementos, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. Y es que, consecuentes con las pautas que deben caracterizar la labor de todo Tribunal Constitucional, no puede entonces, por ejemplo, apoyarse la dación de un precedente para luego desnaturalizarlo, descalificando el cumplimiento de los pasos allí previstos.

4. En ese sentido, conviene tener presente que en la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de junio de 2015, este Tribunal, estableció en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, que en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato temporal o civil, no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó en la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán

ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la demandante solicite la indemnización que corresponda.

5. Sin embargo, es importante señalar como en el caso "Cruz Llamos" (STC 06681-2013-PA/TC), estas reglas fueron precisadas, partiendo de la distinción entre función pública y carrera administrativa, toda vez que no todas las personas que trabajan en lo público en rigor realizan carrera administrativa ni acceden a sus puestos de trabajo por concurso público. Es más, en muchos casos no tiene sentido que ello sea así.

6. Como consecuencia de estos pronunciamientos se tiene que los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el caso "Huatuco" y a su precisión en el caso "Cruz Llamos" (STC 06681-2013-PA/TC), permiten la aplicación de la regla jurisprudencial reposición en la función pública, son los siguientes:

   (a) El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.
   (b) Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

7. Siendo esto así, debe tenerse siempre presente estas pautas específicas establecidas por este Tribunal para trabajadores que tienen como pretensión la reposición en la función pública, sin perjuicio de eventuales diferencias con las mismas.

Análisis del caso concreto

8. En el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, y desde una *perspectiva objetiva* debe atenderse a la *estructura del proceso*, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía

célere y eficaz (estructura idónea); así como a la *idoneidad de la protección* que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).

9. Por otra parte, y desde una *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

10. Ahora bien, y a diferencia de lo señalado en la ponencia, considero que el presente recurso ha incurrido en la causal c) de improcedencia liminar, al no haber respetado las pautas planteadas en el precedente "Elgo Ríos" respecto de la existencia de una vía idónea igualmente satisfactoria para conocer la controversia. En efecto, el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley 27584 cuenta con una estructura idónea para acoger la pretensión de la demandante, ya que aquí solicita su reposición laboral como proyectista en la Sub Gerencia de Estudios de la Municipalidad Distrital de Torata. Ello, pues considera que la suspensión del contrato temporal bajo el régimen del Decreto Legislativo 276, luego de 10 meses ininterrumpidos, se sustentó presuntamente en su estado de gravidez, lo que vulnera sus derechos al trabajo y a la igualdad y no discriminación.

11. Así, tratándose de una trabajadora sujeta al régimen laboral público, capaz de cuestionar las actuaciones de la administración que incidan en su situación jurídica, tal como se prevé en el artículo 4.6 del Texto único Ordenado de la Ley 27584, verifico que el proceso contencioso administrativo ha sido diseñado con la finalidad de ventilar pretensiones como la aquí planteada por la demandante. Además, dicho proceso cuenta con una estación probatoria de la que carece el proceso constitucional de amparo.

12. Por otro lado, en este caso no se ha acreditado que exista riesgo de irreparabilidad en los derechos invocados en caso se transite la vía ordinaria. Tampoco verifico que aquí se requiera la tutela de urgencia que brinda el

amparo y que no pueda ser satisfecha a través del proceso contencioso administrativo.

13. Ahora bien, atendiendo a que la demanda de autos de fecha 8 de marzo de 2013, fue interpuesta con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano,* corresponde habilitar el plazo para que en la vía ordinaria la parte demandante pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la precitada sentencia.

14. Por lo expuesto, el presente recurso no ha tomado en consideración las pautas desarrolladas por el precedente "Elgo Ríos". Por dicha razón, ha incurrido en la causal c) de improcedencia liminar prevista en la sentencia "Vásquez Romero". En ese sentido, considero que el presente recurso debe ser declarado **IMPROCEDENTE**, debiéndose habilitar a la accionante el plazo para que en la vía ordinaria pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos presuntamente vulnerados, conforme se dispone en los fundamentos 18 a 20 de la sentencia 02383-2013-PA/TC.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL