



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno.Sentencia 570/2021

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 22 de abril de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, y Ramos Núñez, han emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 01995-2020-PA/TC. El magistrado Espinosa-Saldaña, con voto en fecha posterior, coincidió con el sentido de la sentencia.

Asimismo, el magistrado Ramos Núñez formuló un fundamento de voto.

El magistrado Sardón de Taboada emitió un voto singular declarando improcedente la demanda.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de abril de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, que se agregan. Sin la participación del magistrado Ferrero Costa por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública por motivos de salud. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Liz Corina Concha Garay contra la sentencia de fojas 153, de fecha 30 de setiembre de 2020, expedida por la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de setiembre de 2019, la recurrente interpone demanda de amparo contra Zeta Gas Andino S.A. (fojas 5), a fin de que se declare la nulidad de su despido, y que, en consecuencia, se disponga su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando hasta antes de su inconstitucional despido, más el pago de las costas y los costos del proceso. Manifiesta que prestó servicios de forma ininterrumpida desde el 5 de noviembre de 2018 hasta el 31 de julio de 2019, desempeñándose en el cargo de grifera, bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728, por lo que ha superado el período de prueba. Refiere que inició su embarazo en junio de 2019, mientras era trabajadora de la demandada, y que el 17 de julio de 2019 ingresó de emergencia por amenaza de aborto al Hospital de EsSalud, siendo dada de alta el día 19 del mismo mes. Precisa que se le otorgó descanso médico desde el 17 al 24 de julio de 2019, lo cual comunicó a su empleadora, y que la entidad emplazada conocía de su estado de gestación, no solo porque le fue entregado el correspondiente certificado médico, sino porque ella misma comunicó a su administrador que por motivo de embarazo y amenaza de aborto estaba ingresando a emergencia de EsSalud el 17 de julio de 2019; sin embargo, fue despedida a los siete días de salir del hospital, y dicho acto inconstitucional fue encubierto con un supuesto cumplimiento del plazo de su contrato, no obstante que se encontraba amparada por la Ley 26644, modificada por la Ley 30367, que proscribe el despido de madres trabajadoras que se encuentren en período de gestación o de lactancia. Alega que su despido vulnera sus derechos constitucionales a la protección contra el despido por su condición de madre trabajadora gestante, a la no discriminación laboral, al debido proceso, a la remuneración y al trabajo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

El apoderado judicial de la empresa emplazada contesta la demanda (fojas 58), aduciendo que la relación laboral con la actora se reguló mediante un contrato de trabajo sujeto a modalidad por necesidades del mercado, y que es falso que el término del vínculo laboral se debió a su embarazo, pues se tomó la decisión de no renovar su contrato debido a que la accionante no cumplió con las expectativas de la empresa. También señala que es falso que la demandante haya comunicado su descanso médico del 17 al 24 de julio de 2019, pues jamás comunicó dicha situación, y mucho menos con algún documento formal. Finalmente, sostiene que el “Formato de informe de alta hospitalaria” que presenta la demandante como prueba en el presente proceso carece de validez para acreditar que su estado de gestación fue comunicada a su empleador, pues no tiene sello o fecha de recepción por parte de su representada; y que, además, en dicho documento se indica que la trabajadora ingresó al centro de salud el día 18 de julio de 2019 y fue dada de alta el 19 de julio, por lo que la afirmación de la accionante de haber sido internada el 17 de julio carece de sustento y es contradicha por su propio medio probatorio.

El Segundo Juzgado Civil de Huánuco, con fecha 28 de noviembre de 2019 (fojas 77), declaró infundada la demanda, por estimar que de la revisión de los medios probatorios se desprende que la demandante mantuvo una relación a plazo determinado, mediante un contrato de trabajo sujeto a la modalidad por necesidades del mercado, el cual no fue renovado al vencer su plazo de vigencia; y que la accionante no ha acreditado en autos el haber comunicado a su empleador su condición de madre gestante, siendo insuficiente el documento denominado “Formato de informe de alta hospitalaria” presentado por la actora con su demanda, pues la parte demandada niega haber recibido tal documento, argumento que no ha sido contradicho por la demandante; pero que aún en el supuesto que la accionante hubiera comunicado de su embarazo a su empleador, no podría configurarse un despido que merezca tutela constitucional, toda vez que el contrato de trabajo a la que estaba sujeta era a modalidad y a plazo determinado, el cual culminó al vencer el plazo fijado en su último contrato, esto es, el 31 de julio de 2019.

La Sala Superior revisora confirmó la apelada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda es que se deje sin efecto el despido del que habría sido objeto la demandante; y que, por consiguiente, se la reponga en su puesto de trabajo como grifera de la empresa demandada, más el pago de las costas y los costos procesales. Alega haber laborado para la emplazada nueve meses de manera ininterrumpida, por lo que ha superado el período de prueba, y que su despido responde al estado de gestación en que se encontraba.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

Sobre el derecho al trabajo

2. El artículo 22 de la Constitución establece: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona"; y su artículo 27 prescribe: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".
3. En el presente caso, la demandante solicita que se ordene su reposición laboral como grifera al haber sido objeto de un supuesto despido nulo por encontrarse en estado de gestación.
4. Al respecto, este Tribunal considera necesario resaltar lo previsto por el artículo 23 de la Constitución del Perú, respecto a la obligación que tiene el Estado de proteger especialmente a la madre que trabaja, y la proscripción de cualquier tipo de discriminación que pudiese desembocar en el despido de una trabajadora por razones de su embarazo. Asimismo, cabe recordar que el apartado d) del artículo 5 del Convenio 158 de la OIT, establece que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación laboral.

De la especial protección a las mujeres en estado de embarazo

5. Este Tribunal considera necesario pronunciarse respecto de una situación que se advierte en el presente caso y que debe ser atendida. Previamente será necesario efectuar algunas precisiones.

LOS DERECHOS SOCIALES

6. Tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Se manifiesta que los últimos son exigibles a través de procesos judiciales, mientras que los derechos 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 necesariamente requieren alguna actuación positiva.
7. Dichas distinciones se basan principalmente en asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles, relacionada con un carácter prestacional de uno, negándose al otro, y viceversa.
8. En efecto, este Tribunal 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismo en igualdad de condiciones para la totalidad de la población (*Cfr.* por todas, sentencia emitida en el Expediente 02945-2003-AA/TC, fundamento 12).

9. En esa misma línea, la estructura de los derechos, tanto los civiles como los 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 acciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares.
10. En este sentido, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que estos últimos son tan exigibles como los primeros.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

11. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución, en los siguientes términos: "(...) 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 cualquier otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que se trata de 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.* Sentencia 02835-2010-PA/TC, fundamento 38).
12. 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.
13. 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. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (*Cfr.* Sentencia 02974-2010-PA/TC, fundamento 8; Sentencia 02835-2010-PA/TC, fundamento 41).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

14. Entendido el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo se presenta un trato desigual es el test de razonabilidad.
15. 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.

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

16. 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" (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).
17. 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.
18. Entre los factores que obstaculizan el acceso de las mujeres para alcanzar dicho objetivo, están 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.
19. Otro factor a considerar se desprende de la naturaleza biológica de las mujeres, distinta a la de los hombres. Es claro que tanto el hombre como la mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

mujeres en su aspecto reproductivo ha permitido históricamente que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.

20. 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 un reconocimiento de grupos en situación de desventaja.
21. Este Tribunal considera 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.
22. 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, este Tribunal en la Sentencia 00001-0003-2003-AI/TC (acumulados), ha destacado en el fundamento 12 que: «(...) cuando el artículo 103 de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales "en razón de las diferencias de las personas", abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 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”.
23. 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 en el ámbito reproductivo, conlleva a ciertas acciones biológicas que no pueden ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

asumidas por el hombre, tales como llevar el embarazo, el parto o la lactancia natural.

24. El 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.
25. 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 exista un conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales; es decir, una carga que las mujeres deban soportar solo por el hecho de ser mujeres.
26. 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 (véase sentencias emitidas en los Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).
27. 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).
28. 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, si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

29. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando estableció que "la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos 44 y 45).
30. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho -la maternidad-, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que "nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole". De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que "[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]" (Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42° período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).
31. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que podrían generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales con la finalidad de asegurar que estas diferencias no se conviertan en cargas que un grupo vulnerable tenga que soportar. En este caso en específico se trata de la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas.
32. De lo desarrollado en los fundamentos *supra*, este Tribunal concluye que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que por tanto merecen una protección reforzada, de tal forma que sus derechos en el mercado laboral no sean vulnerados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

33. Sirva resaltar que la Constitución dispone el deber del Estado de brindar atención prioritaria al trabajo, y de manera específica, protección especial a la madre que trabaja en el ámbito laboral remunerado (artículo 23).
34. Este Tribunal ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia que existen varios tipos de despido, entre los que se tiene al despido nulo, que es el que se produce por causas específicamente tipificadas en la ley. Una de esas es el despido por estado de embarazo (Sentencias 00976-2001-AA/TC, 00206-2005-PA/TC, 05652-2007-PA/TC). Además, también podría serlo por vulneración del derecho de igualdad, libertad sindical, etc. Este Tribunal ha sido muy enfático en sostener que el despido nulo implica la vulneración derechos fundamentales y, por tanto, la especial urgencia que merece su tutela.
35. Respecto a las consecuencias del despido nulo, el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, en su segundo párrafo señala lo siguiente:

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.
36. En este sentido, en los casos en que por despido, terminación o no renovación de contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, por hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de una trabajadora embarazada, deberá presumirse que se trata de un despido que tiene como causa este estado, y que, por lo tanto, será nulo.
37. Sin embargo, esto implica que la trabajadora en estado de gestación tendrá la responsabilidad de acreditarlo con el informe médico correspondiente, pues será a partir de ese momento en el que toma conocimiento el empleador del estado de gestación, en que empezará a operar dicha protección.
38. Ahora bien, cabe preguntarse hasta qué momento se presumirá que el despido, terminación o no renovación de contrato de trabajo se ha realizado por el estado de embarazo de una trabajadora. Este Tribunal considera que la protección debe extenderse hasta que culmine el periodo de permiso por lactancia reconocido por la Ley 27240 (hasta que el menor hijo cumpla un año), derecho cuya protección ha sido reafirmada por este Tribunal en la sentencia expedida en el Expediente 01272-2007-PA/TC.
39. La extensión de la protección deberá ser hasta dicho momento en tanto la madre aún acarrea las consecuencias biológicas de su embarazo en el ámbito laboral, y esta obligación maternal bajo ningún motivo puede implicar una amenaza a sus derechos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

40. Ahora bien, a manera de resumen, estas serán las reglas que operarán en el caso de mujeres que demanden haber sido víctimas de un despido por estado de gestación:
- i) Cualquier despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora embarazada, deberá presumirse y tratarse como un despido nulo que tiene como causa dicho estado.
 - ii) Las mujeres que a través de un proceso judicial demanden haber sido víctimas de un despido nulo por encontrarse en estado de gestación, deben haberlo comunicado y acreditado previamente con el informe médico correspondiente.
 - iii) La protección señalada surte efectos hasta la culminación del periodo de permiso por lactancia establecido por ley.

V. Análisis del caso concreto

41. En el caso concreto, debe analizarse si la empresa emplazada conocía del embarazo de la demandante, tal y como esta sostiene en su escrito de demanda (fojas 5), pues afirma que quedó embarazada en el mes de junio de 2019 y que su empleador tenía conocimiento de su estado.
42. Al respecto, en autos obra a fojas 2 el “Formato de informe de alta hospitalaria” de EsSalud, en el cual consta que la demandante fue hospitalizada por amenaza de aborto el 18 de julio de 2019, y que fue dada de alta el 19 del mismo mes y año. Al respecto, es importante acotar que no se encuentra un sello de la empresa demandada que demuestre que haya tomado conocimiento de dicho documento.
43. En ese sentido, del análisis del referido documento se llega a la conclusión que la demandante no ha podido acreditar que cumplió con comunicar su estado de gestación antes del despido alegado. Tampoco en autos no obra documentación alguna que acredite que la emplazada, antes de la extinción de la relación laboral de la demandante, tuvo conocimiento en forma indirecta de su embarazo, pues no existe ningún medio de prueba que demuestre que la recurrente haya solicitado permisos o licencias por gestación, y además no se trataba de un embarazo notorio, pues la accionante tenía menos de dos meses de gestación al momento de la extinción de su vínculo laboral. En este sentido, no podría presumirse que se configure un despido nulo que tuvo como causa el estado de gestación de la demandante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

44. Por lo expuesto, corresponde declarar infundada la demanda respecto a la supuesta vulneración del derecho a la no discriminación, en tanto no está acreditado que el despido de la demandante haya tenido como causa su estado de gestación.
45. Sin embargo, en virtud del principio de suplencia de queja deficiente y del deber especial de protección de los derechos fundamentales que informa los procesos constitucionales, este Tribunal considera que también debe analizarse si los contratos de trabajo sujetos a modalidad por necesidades del mercado, mediante los cuales se contrató a la recurrente, fueron desnaturalizados por simulación o fraude a las normas establecidas en el Decreto Supremo 003-97-TR.
46. El artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR establece los requisitos formales de validez de los contratos modales, al determinar lo siguiente: “Los contratos de trabajo (modales) deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral”.
47. De los contratos de trabajo (folios 42 a 48) y de las boletas de pago (folios 49 a 57), se desprende que la demandante laboró para la demandada de forma ininterrumpida desde el 5 de noviembre de 2018 hasta el 31 de julio de 2019, en virtud de contratos por necesidades del mercado. Asimismo, se advierte que, salvo el primer contrato, que tuvo vigencia desde el 5 de noviembre de 2018 hasta el 31 de enero de 2019, los contratos de la demandante tenían vigencia de un mes y todos con el mismo texto.
48. Habiéndose determinado la modalidad contractual que sustentó la relación laboral mantenida entre las partes, corresponde evaluar si la causa objetiva del contrato modal referido es conforme a lo establecido en el Decreto Supremo 003-97-TR, con la finalidad de determinar si la contratación temporal de la demandante fue regular o fraudulenta.
49. Asimismo, se debe tener en cuenta que el artículo 58 del Decreto Supremo citado establece lo siguiente:

El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el artículo 74 de la presente Ley. En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal.

Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

50. De lo dicho se puede concluir que el incremento de la actividad empresarial, en primer lugar, debe ser coyuntural, es decir, extraordinario; y, en segundo lugar, imprevisible. Por ello, en el contrato de trabajo por necesidades del mercado se debe especificar la causa objetiva que justifique dicha contratación temporal, así como los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y la necesidad de la empresa para contratar personal bajo dicha modalidad contractual laboral.
51. Por consiguiente, si en el contrato de trabajo por necesidades del mercado no se menciona la causa objetiva originada en una variación sustancial de la demanda del mercado, o si, al detallarse dicha causa, esta no posee un carácter coyuntural o temporal, se debe entender que dicho contrato habrá sido simulado y que, por ende, se ha desnaturalizado.
52. En el caso de autos, en las cláusulas primera y segunda del primer contrato de trabajo sujeto a la modalidad de naturaleza temporal, obrante a folio 42, se precisa:
- PRIMERO: EL EMPLEADOR es una Empresa cuyo objeto social es el almacenamiento de G.L.P. que requiere de los servicios de EL TRABAJADOR para desempeñarse como GRIFERA (O), asimismo, las obligaciones y responsabilidades propias de su puesto (sic).
- SEGUNDO: El presente contrato de celebrado bajo modalidad, debiendo EL TRABAJADOR dedicarse exclusivamente al cumplimiento de la labor para la cual ha sido contratado, bajo las directivas que emanan de sus jefes o supervisores.
53. De texto de las cláusulas citadas en el fundamento precedente, se advierte que no se ha especificado la causa objetiva de la contratación de la trabajadora. Por tanto, el contrato de trabajo ha sido desnaturalizado, por haberse producido el supuesto previsto en el inciso “d” del artículo 77 del Decreto Supremo 003-97-TR, debiendo ser considerado, entonces, como un contrato sujeto a plazo indeterminado. Por ello, los contratos modales suscritos con posterioridad carecen de validez jurídica.
54. Siendo así, al haberse determinado que entre las partes existía una relación laboral de naturaleza indeterminada, la demandante solo podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, por lo que la ruptura del vínculo laboral sustentada en el vencimiento del plazo del contrato tiene el carácter de un despido arbitrario, lesivo del derecho al trabajo, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

VI. Efectos de la sentencia

55. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la empresa demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, corresponde ordenar la reposición de la demandante como trabajadora a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
56. De otro lado, y de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir las costas y los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda, porque se ha acreditado la vulneración del derecho al trabajo; en consecuencia, **NULO** el despido de la demandante.
2. **ORDENAR** que Zeta Gas Andino S.A. cumpla con reponer a doña Liz Corina Concha Garay en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar nivel o categoría, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 56 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ

PONENTE BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto, porque, si bien comparto la decisión adoptada, en torno a lo expuesto en la sentencia considero oportuno agregar que la Defensoría del Pueblo en un estudio nominado “*El impacto económico de la brecha salarial por razones de género*”, elaborado por la Adjuntía para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo, ha señalado que estamos a lo que se ha denominado *feminización de la pobreza*:

“El uso de las Encuesta Nacional de Hogares, representativa a nivel nacional y regional, ha sido la fuente clave para la discusión cuantitativa del estudio, el mismo que se ha visto enriquecido con los resultados de los grupos focales organizados y desarrollados en las regiones de Lima, Callao Junín y Amazonas, tanto en áreas urbanas como rurales. Es importante relevar que uno de los efectos de esta disparidad es que las mujeres son más susceptibles de encontrarse en situación de pobreza, lo que a su vez explica, en parte, la feminización de la pobreza”. Pág. 57.

No le falta razón al informe emitido por la Defensoría del Pueblo, en esa línea, es oportuno recordar que, si bien, en los últimos años se ha podido avanzar en el objetivo de lograr mayores niveles de igualdad para las mujeres en diversos ámbitos como el educativo o laboral, es aún un problema estructural, integrar a las mujeres en el universo laboral requiere adoptar un concepto de igualdad más amplio. Considero importante acotar ello.

S.

RAMOS NÚÑEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo señalado por la ponencia suscrita por la mayoría de mis colegas, en la medida que se declara infundada la demanda. Sin embargo, considero que se deben hacer algunas importantes precisiones en lo indicado en el fundamento 40, donde se señalan algunas “reglas que operarán en el caso de mujeres que demanden haber sido víctimas de un despido por estado de gestación”.

En primer lugar, entiendo que una cuestión así, que busca generar un “regla” a tomar en cuenta de manera general para los casos futuros, solo podría venir propuesta como una eventual doctrina jurisprudencial o como precedente constitucional, ello con base en los artículos VI o VII del Código Procesal Constitucional y, por tanto, estamos ante una cuestión que debería ser discutida y contar con anuencia, en esos términos, por parte de los integrantes del Tribunal Constitucional.

Fuera de ello, y ya con respecto al contenido del fundamento 40, noto que en el punto ii) se señala que para demandar contra un despido por causa del embarazo, las mujeres deberían haberlo comunicado al empleador, y se agrega que esto debe ser “acreditado previamente con el informe médico correspondiente”. Esto último es muy preocupante y no debería quedar establecido como una regla general, pues es claro que el embarazo, entre otras posibilidades, puede acreditarse fehacientemente con un análisis de laboratorio, con señales visibles del embarazo (un estado de gestación avanzado es notorio, por ejemplo) o incluso por otras vías, como ha sucedido en este caso (en el que existió un descanso médico, del que tuvo conocimiento el empleador, derivado de una amenaza de aborto).

En suma, considero que se está regulando, a través de un medio incorrecto, una forma perjudicial e innecesariamente restrictiva para las mujeres trabajadoras de “acreditar” su embarazo. Al respecto, considero que lo realmente importante es que, en efecto, dicho estado se haya puesto oportunamente en conocimiento del empleador y de una manera fehaciente (y no solo a través de un “informe médico”).

Por otra parte, verifico que en el caso concreto no cabe afirmar que el empleador no supo del embarazo de la recurrente, pues de los actuados se desprende que la demandante tuvo un descanso, médico precisamente por amenaza de aborto, por lo que no es cierto que la empleadora no haya sabido de la condición de la recurrente.

Por las razones indicadas, en suma, estoy de acuerdo con que se declare fundada la demanda de amparo.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

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 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.

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 01995-2020-PA/TC
HUÁNUCO
LIZ CORINA CONCHA GARAY

casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

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

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA