



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 98/2024

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de diciembre de 2023, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Morales Saravia y Domínguez Haro, con la participación del magistrado Hernández Chávez, convocado para dirimir la discordia suscitada en autos, han emitido la presente sentencia. El magistrado Gutiérrez Ticse emitió voto singular, el cual se agrega. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Berlu Nayda Tupa Fuentes contra la resolución de fojas 214, de fecha 4 de enero del 2023, expedida por la Sala Mixta Descentralizada Santa Ana de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de noviembre de 2021, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Santa Teresa, solicitando que se declare la nulidad de su despido discriminatorio por estado de gestación, y que, en consecuencia, se ordene su reposición laboral en el cargo de jefa de la Oficina de Secretaría General. Asimismo, solicita el pago de las remuneraciones devengadas, aguinaldos y vacaciones dejadas de percibir durante el periodo de cese hasta su reposición efectiva.

Manifiesta que ingresó a laborar el 1 de febrero de 2021 y que fue designada funcionaria de confianza en el cargo de jefa de la Oficina de Secretaría General mediante la Resolución de Alcaldía 021-2021-A/MDST/LC, de fecha 1 de febrero de 2021. Agrega que, posteriormente, mediante la Resolución de Alcaldía 131-2021-MDST/LC, del 27 de setiembre de 2021, se dispuso la conclusión de dicha designación. Sostiene que mediante el Informe 0171-2021-OSG-A-MDST/LC, de fecha 8 de julio de 2021, puso en conocimiento de la demandada su estado de gravidez, adjuntando el certificado médico correspondiente, lo que motivó un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

malestar e incomodidad en las autoridades municipales, quienes finalmente optaron por despedirla por estar embarazada¹.

El Juzgado Civil de Santiago, admitió a trámite la demanda, pero posteriormente, por Resolución 9, de fecha 18 de mayo de 2022, declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso por incompetencia por razón del territorio, toda vez que concluyó que la controversia debía ser ventilada en el Juzgado Civil de Turno de Santa Ana-Quillabamba y remitió los actuados a dicho juzgado².

El Juzgado Civil de Quillabamba-Sede Santa Ana, mediante Resolución 10, del 6 de julio de 2022, admite a trámite la demanda³.

El procurador judicial de la Municipalidad Distrital de Santa Teresa contesta la demanda señalando que la propia demandante ha manifestado que ingresó a laborar el 1 de febrero de 2021 en el cargo de funcionaria de confianza para desempeñarse como jefa de la Oficina de Secretaria General de la Municipalidad Distrital de Santa Teresa; que fue designada mediante Resolución de Alcaldía 021-2021-A/MDST/LC y cesada en sus funciones con fecha 28 de setiembre de 2021, mediante la Resolución de Alcaldía 131-2021-A/MDST/LC. Agrega que la accionante siempre ha laborado en un cargo de confianza, y que tenía conocimiento de ello, por lo que el retiro de la confianza constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo, y que no se configura un despido arbitrario o nulo por razón de estado de gestación; por tanto, no le corresponde la reposición en el empleo⁴.

El Juzgado Civil-Mixto de La Convención, mediante Resolución 12, del 26 de octubre de 2022, declaró fundada en parte la demanda y ordenó la reposición de la actora, por considerar que la emplazada ha tenido pleno conocimiento del estado de embarazo de la demandante, y no ha probado válidamente que su despido no se debió al mismo, pues solo aduce haberle retirado la confianza aun sabiendo que se encontraba embarazada; y declaró improcedentes los extremos de la demanda referidos al pago de las

¹ Fojas 12

² Fojas 128

³ Fojas 136

⁴ Fojas 152



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

remuneraciones devengadas, aguinaldos y vacaciones dejadas de percibir, sin el pago de costas y costos del proceso⁵.

La Sala revisora revocó la apelada y declaró infundada la demanda, por considerar que en el caso de autos se advierte que la actora ingresó a laborar en la entidad demandada como personal de confianza, mediante la Resolución de Alcaldía 021-2021-A-MDST/LC, que la designó jefa de la Oficina de Secretaría General, a partir del 1 de febrero de 2021, por lo que no tiene la condición de promovida, sino que accedió directamente al cargo de confianza, desde el inicio de sus labores; por tanto, el empleador podía retirarle la confianza y ello en modo alguno configura un despido nulo, más aún si la demandante no ha proporcionado la información referida a su periodo de gestación, por lo que no se puede calificar si a la fecha en que fue despedida se encontraba dentro del periodo de protección del despido arbitrario⁶.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando como cargo de jefa de la Oficina de Secretaría General, porque habría sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, debido a que se encontraba en estado de gravidez. Asimismo, solicita el pago de las remuneraciones devengadas, aguinaldos, vacaciones dejadas de percibir durante el periodo de cese hasta su reposición efectiva.

Sobre la aplicación del precedente Elgo Ríos

2. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, ha precisado que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse en sede constitucional, o no:

⁵ Fojas 163

⁶ Fojas 214



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

- a) La perspectiva objetiva, que corrobora la idoneidad del proceso mediante la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, en el que corresponde verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, vale decir, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones de la parte demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
 - b) La perspectiva subjetiva, que centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, para lo cual se ha de verificar otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, donde corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, en el que corresponde verificar si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
3. Es preciso mencionar que, en el presente caso, la vía del proceso de amparo es la idónea para resolver la controversia, en la medida en que existe la necesidad de tutela urgente, por cuanto la demandante alega que fue despedida por encontrarse embarazada, lo que contravendría el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política. En ese sentido, este Tribunal Constitucional considera que en el caso de autos subyace una controversia de relevancia constitucional, lo que amerita un pronunciamiento de fondo.

Del derecho al trabajo

4. El artículo 22 de la Constitución establece que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; en tanto que su artículo 27 señala que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
5. En el presente caso, la demandante solicita que se ordene su reposición laboral, porque habría sido objeto de un supuesto despido nulo cuando se encontraba en estado de gestación.
6. 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,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

dispositivo que proscribe 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 precisa que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación laboral.

La discriminación basada en el sexo y la tutela reforzada de los derechos de la mujer en la Constitución

7. La Constitución, en su artículo 2.2, dispone que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. De esta disposición se desprende que se considerarán discriminatorias todas aquellas prácticas que consideren como relevantes los factores expresamente prohibidos por la Constitución. Sin embargo, como ya se ha tenido la oportunidad de precisar, la expresión “de cualquier otra índole” que se recoge en el artículo 2.2 permite que la Constitución se configure como un instrumento vivo, que considere las necesidades particulares de las sociedades y su especial evolución [véase sentencia emitida en el Expediente 05157-2014-PA/TC, fundamento 19]. De esta forma, la norma suprema permite que ciertos grupos históricamente discriminados, y que no cuenten con alguna tutela reforzada que derive de su texto, puedan ser protegidos atendiendo a su condición de vulnerabilidad.
8. De esta disposición se advierte que uno de los especiales motivos de discriminación, que originan el surgimiento de una tutela reforzada, se suele fundar en el sexo de las personas. Así, toda distinción, exclusión, restricción o preferencias injustificadas basadas en este criterio, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos, se encuentra constitucionalmente prohibida. El reconocimiento que ha hecho el constituyente de determinadas categorías, como el sexo, la religión o la opinión política, no es casual. Obedece a contextos históricos de discriminación en contra de dichos colectivos, lo que origina que cualquier distinción que se funde en uno de estos motivos genera una presunción de inconstitucionalidad que corresponde desvirtuar a quien efectuó la práctica cuestionada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

9. La Constitución de 1993, además de la cláusula general de no discriminación que se regula en el artículo 2.2, contiene distintas disposiciones destinadas a tutelar de manera especial determinados derechos de la mujer. Así, el artículo 4 reconoce que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Y el artículo 23 establece que 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”.

La igualdad de oportunidades en materia laboral de las mujeres embarazadas o en período de lactancia

10. Una especial situación se presenta en el caso de las mujeres embarazadas en los centros de trabajo, ya que es el escenario en el que se advierten los mayores casos de discriminación en contra de estas personas. Esto obedece a que, por lo general, los empleadores no desean que se vea mermada la productividad del centro de labores al mantener un vínculo laboral con una persona que, por su especial situación, requerirá de atenciones médicas periódicas y un tiempo considerable para dedicarlo a su hijo recién nacido.
11. En esta clase de casos, se compromete el derecho de la mujer a contar con las mismas oportunidades en el empleo, ya que, por la especial condición que acarrearán tanto el embarazo como el cuidado de los niños, se ve expuesta a tratamientos discriminatorios que la colocan en una posición distinta a la del hombre. Al respecto, este Tribunal ha precisado que “el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo” [véase sentencia expedida en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamento 35].
12. Ahora bien, esta cláusula genérica de prohibición de discriminación se ve comprometida en distintos escenarios cuando se trata de mujeres embarazadas. En el ámbito de la justicia a nivel comunitario, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido distintos casos en los que puede existir una discriminación en razón



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

del sexo durante el embarazo: i) extinción de relaciones laborales por ausencias debidas a una discapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo [STJCE de fecha 30 de junio de 1998, asunto Brown]; ii) prohibición de contratación originada por el estado de gestación [STJCE de fecha 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker]; iii) la no renovación de contrato relacionada con el embarazo de la reclamante [STJCE de fecha 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar]; o incluso cuando, por ejemplo, se impedía ejercer determinados trabajos, como empleos nocturnos [STJCE de fecha 5 de mayo de 1994, asunto Habermann- Beltermann].

13. De tal modo, este Tribunal advierte que son múltiples las formas en las que se pueden efectuar distintos tratos discriminatorios en contra de las mujeres embarazadas o aquellas que hubiesen sido recientemente madres en lo que respecta al acceso, al despido o la falta de renovación de contratos temporales. Es importante que este Tribunal haga recordar que los constantes despidos o falta de renovación de los contratos temporales de trabajo a las mujeres gestantes generan distintas consecuencias a nivel personal y social. En el plano personal, pueden conducir a algunas mujeres, en situaciones complejas -que se vinculen con problemas personales, económicos o incluso de salud- a interrumpir su embarazo a fin de permanecer en su puesto de trabajo. A nivel social, incentiva a que las parejas decidan no tener hijos, con todas las consecuencias que ello puede generar a nivel poblacional. Por último, insensibiliza a la comunidad, pues invisibiliza los grandes obstáculos que la mujer puede atravesar durante el embarazo y que deberían ser objeto de medidas especiales de protección por parte del Estado.
14. El Tribunal, además, no puede dejar de advertir otro escenario que suele presentarse como perjudicial para la mujer, y que se relaciona con las dificultades que ella afronta para acceder a un empleo cuando cuenta con hijos de temprana edad. Del mismo modo, un caso que ha empezado a cobrar importancia a nivel internacional tiene que ver con el caso del padre que, frente al fallecimiento de la madre, asume el cuidado del menor, ya que, en algunos países, frente a este supuesto, el padre toma el resto de la “licencia de maternidad”, al ser él quien asume la custodia completa del menor [Organización Internacional del Trabajo. *La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional*. Segunda Edición, Año 2010, página 74].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

15. Puede afirmarse que, a nivel del derecho comparado, comunitario e internacional existe un importante nivel de consenso respecto de la necesidad de tutelar de manera especial y reforzada los derechos de la mujer en estado de gestación, particularmente en el contexto de las relaciones de trabajo. Evidentemente, las regulaciones legales que se adopten para esta especial protección diferirán en cada ordenamiento jurídico. Lo que se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente prohibido es la ausencia de garantías a favor de la mujer que se encuentre en esta condición. En el caso peruano, existe distinta normatividad que protege a las mujeres embarazadas, dependiendo del régimen laboral en el que estas trabajan.

La protección de la maternidad y la no renovación de los contratos temporales

16. Un escenario bastante debatible se presenta a propósito de las trabajadoras sujetas al régimen previsto en el Decreto Legislativo 1057, esto es, trabajadoras que laboran bajo el CAS. Este contrato, por sus características, ha expuesto a las mujeres gestantes y a las que se encuentran en período de lactancia, a múltiples inconvenientes relacionados con la no renovación del contrato. Es importante recordar, por lo demás, que la discusión en torno a la renovación, específicamente, de los CAS a favor de las mujeres gestantes había sido también analizada por la Defensoría del Pueblo, órgano que interpretó que, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, debería brindárseles una tutela particular [cfr. Defensoría del Pueblo. Nota de Prensa N.º 090/OCII/DP/2017, de fecha 30 de marzo de 2017].
17. Asimismo, este Tribunal debe mencionar que la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de diciembre de 2017, en su artículo 6, ha establecido que “[q]ueda prohibido que la entidad empleadora despidan o no renueven el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad”. No obstante, se advierte que dicha normativa no es suficiente para otorgar una tutela adecuada a las mujeres gestantes o en periodo de lactancia; y ello porque en su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 002-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

2018-TR, se precisa que está dirigida al régimen laboral de la actividad privada del sector privado, dejando de lado a las trabajadoras dependientes del Estado.

18. En ese sentido, es importante que este Tribunal precise que, en los casos de no renovación del contrato de trabajo, no se presente alguna situación que comprometa la cláusula de prohibición del despido. Y es que, en estos supuestos, no ha existido propiamente un “despido”, ya que lo que ha operado, en realidad, ha sido el vencimiento del vínculo contractual por el vencimiento del plazo consignado en el contrato de trabajo, lo cual es un supuesto válido para la extinción de la relación laboral en los contratos temporales. Sin embargo, una interpretación conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no puede avalar que la decisión de no renovación del contrato pueda obedecer, sin más, a la condición de madre de la trabajadora. La prohibición de discriminación en función del sexo, aunada a la necesidad de tutela reforzada mencionada, obligan a considerar que, en estos supuestos, el empleador no puede adoptar decisiones o políticas de dirección en el centro laboral que sean ajenas a criterios de razonabilidad.
19. Asimismo, se debe tener en cuenta que el Perú ha ratificado el Convenio 156 de la OIT, en virtud del cual se ha obligado a tutelar “que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (artículo 3).
20. En consecuencia, la protección a la madre trabajadora no se agota al culminar el periodo de lactancia. Es importante que las decisiones jurisdiccionales tengan en cuenta que, si el empleador decide extinguir la relación de trabajo, sea por la no renovación del contrato o por despido, habrá de acreditar que su decisión no se motiva en la maternidad de la trabajadora, sino en una causal objetiva, como puede ser la desaparición de aquella que justificó su contratación o la comisión de una falta grave. En estos supuestos, la empresa o la entidad estatal deberán acreditar, documentalmente, esa motivación.
21. En ese mismo sentido, el Convenio 183 de la OIT, ratificado por el Estado peruano, dispone en su artículo 8 que “[s]e prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

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”. En consecuencia, esta es una tarea pendiente del Poder Legislativo que, además, en coordinación con el Poder Ejecutivo, deberían evaluar la posibilidad de que el despido o la no renovación del contrato de trabajo temporal pueda operar, previa autorización judicial o de alguna autoridad administrativa, dada la naturaleza especial del caso y por los bienes y los derechos que están en juego.

22. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, a efectos de que opere la protección reforzada que otorga la Constitución, no es exigible comunicarle al empleador el embarazo, pues el Convenio 183 de la OIT, suscrito por el Perú, establece que esa protección es de carácter objetivo. Efectivamente, la prohibición impide al empleador “que despidiera a una mujer que esté embarazada”, sin que exista condicionamiento a alguna comunicación. Como ha indicado este Tribunal es suficiente que la trabajadora demuestre que se encuentra en estado de gestación para que opere una suerte de “fuero maternal” (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 02748-2021-PA/TC), conforme al cual el empleador no puede poner fin al contrato de trabajo de manera unilateral –sea por el despido como por la no renovación de un contrato temporal–, esto “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”.
23. En todo caso, para este Tribunal, la protección que brinda el “fuero maternal” frente a casos de despidos nulos debe ser integral y comprende, cuando menos, la restitución en el puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en el marco de los procesos de tutela de derechos fundamentales.

Análisis del caso concreto

24. La recurrente alega que, luego de haber comunicado su estado de gestación, fue víctima de hostigamiento laboral por parte de los funcionarios del municipio emplazado. Sostiene que la emplazada utilizó el argumento de “retiro de la confianza” para encubrir un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

despido discriminatorio motivado por su embarazo. Aduce que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

25. Así, a fin de probar su estado de gravidez, la demandante ha presentado en autos el Informe 00171-2021-OSG-A-MDST/LC, de fecha 8 de julio de 2021⁷, mediante el cual comunicó al gerente municipal de la entidad demandada su estado de gravidez y solicitó su exclusión de actividades que pongan en riesgo su condición de embarazo.
26. Asimismo, ha quedado acreditado que la demandante, al amparo del Decreto Legislativo 276 y su reglamento, aprobado por DS 005-90-PCM, ha mantenido una relación laboral con la entidad emplazada desde el 1 de febrero hasta el 28 de setiembre de 2021, ocupando un cargo de confianza y desempeñándose como jefa de la Oficina de Secretaría General de la Municipalidad Distrital de Santa Teresa; hechos que no han sido cuestionados por las partes del proceso. Esto se acredita con la Resolución de Alcaldía 021-2021-A-MDST/LC, que designó a la demandante -desde la fecha de su ingreso a la entidad municipal-, en el cargo de confianza, como jefa de la Oficina de Secretaría general, esto es, desde el 1 de febrero de 2021⁸.

Igualmente, se desprende de los actuados que se dio por concluida su designación en el aludido cargo de confianza mediante Resolución de Alcaldía 131-2021-A-MDST/LC, de fecha 27 de setiembre de 2021⁹.
27. Ahora bien, en relación con lo afirmado por la demandante, esto es, que su despido está directamente relacionado con su estado de gestación, la parte demandada, en su escrito de contestación de la demanda, afirma que el término de la relación laboral con la demandante obedeció al retiro de la confianza, y no a motivos relacionados con su embarazo.
28. Y, sin perjuicio de que no es exigible comunicar al empleador el embarazo, debe precisarse que obra en autos el Informe 0171-2021-OSG-A-MDST/LC, de fecha 08 de julio de 2021, a través del cual el

⁷ Fojas 6

⁸ Fojas 2

⁹ Fojas 4



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

empleador tomó conocimiento en julio del 2021 del estado de gestación de la demandante. Se observa, además, un sello de recepción de la oficina correspondiente en dicho documento¹⁰.

29. En este sentido, conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, y conforme a lo expresado en los fundamentos precedentes de la presente sentencia, se debe presumir que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo. Siendo ello así, está acreditado, por un lado, que la entidad emplazada estaba en la obligación de no terminar la relación laboral que mantenía con la recurrente, pues tenía la condición de gestante; y, por otro, que no ha podido demostrar que la referida decisión de terminar la relación laboral haya obedecido a una causa distinta a dicho embarazo; que haya cometido una falta grave o que la necesidad institucional que cubría se haya extinguido; por el contrario, justifica el cese de la actora con el argumento del “retiro de la confianza”, pese a que la actora se encontraba gestando y que, por tanto, al gozar de una protección especial y reforzada, no podía ser cesada por dicho motivo.
30. De este modo, en el presente caso se advierte que la entidad demandada no ha desvirtuado que el cese laboral de la demandante haya sido por razones discriminatorias. Justifica la extinción del vínculo laboral recurriendo al argumento del “retiro de la confianza”, la cual se materializó mediante la Resolución de Alcaldía 131-2021-A-MDST/LC, de fecha 27 de setiembre de 2021, que dio por culminada su designación en el cargo que venía desempeñando y dispuso dar por terminado el vínculo laboral que existía entre las partes. En ese sentido, podemos concluir que el cese laboral de la accionante estuvo motivado por razones de su condición de mujer gestante; es decir, que obedeció a las consecuencias biológicas del embarazo.

¹⁰ Fojas 6



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

Sobre el precedente recaído en el Expediente 05057-2013-PA/TC

31. Al respecto, dicho precedente, más conocido como “precedente Huatuco” estableció las siguientes reglas de interpretación en los casos de despido en el sector público con respecto a la reincorporación de los trabajadores:
- a. (...) resulta necesario establecer de modo vinculante determinados parámetros para resolver procesos interpuestos por aquellas personas que, habiendo mantenido una relación contractual de carácter temporal o civil con alguna entidad del aparato estatal, reclaman la *desnaturalización* de sus contratos y exigen ser reincorporadas con una relación de trabajo de naturaleza indeterminada. (énfasis agregado).
 - b. No podrá ordenarse la reincorporación de los trabajadores que no hayan ingresado a laborar mediante un concurso público y para una plaza vacante, presupuestada y de duración indeterminada.
 - c. Las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y en la mencionada sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración.
 - d. El cumplimiento del precedente debía realizarse desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario *El Peruano*.
32. El presente caso no es uno que trate de un supuesto puro de desnaturalización de contrato, el cual ha sido regulado por el “precedente Huatuco”. Adicionalmente involucra una discriminación por razón de sexo de una trabajadora, despedida por su estado de gestación, el cual convierte la decisión de no renovar el contrato de trabajo en un despido nulo. Este elemento adicional, por sí solo, hace que el citado precedente no sea aplicado en forma parcial.
33. No obstante, este Tribunal Constitucional aprecia que, desde la fecha en que se emitió el precedente hasta la actualidad, el número de procesos de amparo presentados solicitando la reposición por desnaturalización de contratos ha ido en aumento, lo que pone de manifiesto que la Administración pública sigue empleando esas modalidades de contratación para cubrir necesidades de las diversas entidades del Estado. En consecuencia, no debería recaer sobre los funcionarios que celebran esos contratos la responsabilidad a la que alude el “precedente Huatuco” en el fundamento 19 necesariamente, ya que se realizan por indicación de sus superiores. Por el contrario, resulta indispensable que se sinceren las cifras de las necesidades de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

recursos humanos en las entidades del Estado, y se convoque a los concursos que se requieran para proveer de las plazas necesarias y así brindar el servicio que les compete.

34. Por otro lado, cabe tener en cuenta que las leyes son de obligatorio cumplimiento¹¹, y entre los principios que rigen la Ley Marco del Empleo Público¹² se encuentran los de mérito y capacidad¹³, así como el de previsión presupuestaria. Y que, en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, deben regir “los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio. y la primacía de los derechos laborales”¹⁴.
35. De acuerdo con la norma glosada, la protección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público debe ser priorizada, lo cual resulta incompatible con la prohibición expresa de ordenar la reposición cuando se comprueba que se ha recurrido a modalidades que vulneran los derechos fundamentales, como es el caso de una trabajadora embarazada a la que, sin causa alguna, no se le renueva el contrato. A la vez, tampoco sería conforme al ordenamiento jurídico ordenar su reposición a plazo indefinido cuando no ha accedido por concurso público a una plaza presupuestada y vacante¹⁵, ya que se vulneraría tanto la meritocracia, como la igualdad de oportunidades.
36. En consecuencia, a fin de tutelar los derechos constitucionales y laborales de la trabajadora, así como los requisitos del acceso al

¹¹ Constitución del Perú, artículo 109.

¹² Ley 28175, artículo IV.

¹³ El ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública. Para los ascensos se considera además el tiempo de servicio (n. 7).

¹⁴ Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado (n. 10).

¹⁵ El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, sobre la base de los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

empleo público a plazo indeterminado, este Tribunal Constitucional concluye que cuando no se le renueva el contrato a plazo fijo a una trabajadora que se encuentra embarazada o está en período de lactancia, sin que el empleador haya acreditado que el motivo para extinguir la relación laboral sea ajeno a la maternidad, se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. En caso de que la trabajadora no se presente al concurso o no lo apruebe, su contrato se extinguirá sin que tenga derecho al pago de indemnización. Durante el tiempo de la reincorporación temporal, como resulta obvio, quedan habilitadas las facultades disciplinarias del empleador, cuando compruebe faltas relacionadas con la conducta o capacidad de la trabajadora.

Sobre las remuneraciones devengadas

37. Por otra parte, este Tribunal considera que, frente a casos de despidos nulos (y no renovaciones contractuales), corresponde brindar una tutela integral a los derechos que fueron vulnerados, a fin de reponer las cosas al estado anterior a la violación. En tal sentido es necesario emitir un pronunciamiento en torno a las remuneraciones que fueron dejadas de percibir por la recurrente debido a la conducta de la entidad empleadora.
38. Teniendo en cuenta que los despidos nulos son actos sin eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico, el incumplimiento del deber de laborar no puede ser atribuido al trabajador, sino al empleador. Por lo que para restituir el derecho al trabajo y a la remuneración vulnerados por el acto discriminatorio del empleador, corresponde aplicar lo previsto en la legislación laboral en los casos de nulidad de despido, según lo cual, el juzgador “ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes (...)”¹⁶.
39. Consecuentemente, en el presente caso, ese plazo debe computarse desde el día siguiente al que la accionante dejó de laborar hasta la fecha de su reposición.

¹⁶ Artículo 40.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

40. El reconocimiento de las remuneraciones devengadas en sede constitucional, en los casos de despido con vulneración de derechos fundamentales, como ocurre en el presente caso, es una práctica habitual en el derecho comparado. Así, el Tribunal Constitucional español, cuando califica el despido de una embarazada como nulo, por discriminatorio (Sentencias 41/2002, de 25 de febrero, 342/2006, de 11 de diciembre, 92/2008, de 21 de julio, 124/2009, de 18 de mayo), esa declaración de nulidad comporta la obligación de la empresa de readmitir inmediatamente a la trabajadora, así como de abonar los salarios de tramitación, que son el equivalente a las remuneraciones devengadas en nuestro país¹⁷. Criterio similar sigue la Corte Constitucional de Colombia, la que añade, en estos casos, el pago de la indemnización prevista en el Código Sustantivo de Trabajo de ese país¹⁸ (T-1236-04; T-909-02; S. T-063/06, T-495/07, T-024/11). Finalmente, en Chile rige similar protección en los casos de despido nulo, por no haberse respetado el fuero, sea maternal o sindical, de un trabajador¹⁹.
41. Este derecho ha sido reconocido también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ordenó la reposición de los magistrados del Tribunal Constitucional inicualemente depuestos en el

¹⁷ El Tribunal español ordena el pago en virtud de lo establecido en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, que es el equivalente al artículo 40 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que se transcribe a continuación: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. (...) 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

¹⁸ Artículo 239: “PROHIBICIÓN DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. (...) 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado”.

¹⁹ Cfr. Código de Trabajo de Chile, artículo 174: “(...) Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

año 2001. En esa oportunidad, la Corte estableció que “el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás prestaciones que en conformidad con su legislación correspondan a los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, de acuerdo con lo establecido en los párrafos 121 y 128 de la presente Sentencia”²⁰.

Efectos de la presente sentencia

42. En el presente caso, se evidencia que la recurrente ha mantenido una relación laboral sujeta al régimen laboral público, Decreto Legislativo 276, para desempeñar un cargo de confianza como jefa de la Oficina de Secretaría General de la Municipalidad Distrital de Santa teresa, habiendo laborado desde el 1 de febrero al 28 de setiembre de 2021.
43. En consecuencia, a partir de los hechos verificados *supra*, se debe estimar la demanda y ordenar la reposición de la actora en el puesto de trabajo que desempeñó a la fecha de su cese laboral o en otro de similar nivel o categoría. Sin embargo, por tratarse de un puesto de confianza, su permanencia en el cargo quedará supeditada a la confianza del empleador; por lo que, dado que la posterior continuidad de la actora estará condicionada a la confianza del empleador y se regula bajo los alcances de la “designación” establecida por el Decreto Legislativo 276, no es exigible en el presente caso lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24041.
44. Finalmente, de conformidad con el artículo 28 de Nuevo Código Procesal Constitucional, la emplazada debe asumir el pago de los costos procesales.

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

²⁰ Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, punto resolutivo n. 5. Ubicable en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf(énfasis añadido).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo de la demandante.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Santa Teresa la reposición de la accionante en su puesto de trabajo o en otro de similar nivel o categoría. Su permanencia en el puesto quedará supeditada a la confianza del empleador. La reposición deberá efectuarse 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 29 de setiembre 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.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARAVIA
DOMÍNGUEZ HARO
HERNÁNDEZ CHÁVEZ**

PONENTE DOMÍNGUEZ HARO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto de mis distinguidos colegas magistrados, en el presente caso emito un voto singular, el mismo que sustentó en los siguientes fundamentos:

1. La demandante interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Santa Teresa, solicitando que se declare la nulidad de su despido discriminatorio por estado de gestación, y que, en consecuencia, se ordene su reposición laboral en el cargo de jefa de la Oficina de Secretaría General. Asimismo, solicita el pago de las remuneraciones devengadas, aguinaldos y vacaciones dejadas de percibir durante el periodo de cese hasta su reposición efectiva.
2. Manifiesta que ingresó a laborar el 1 de febrero de 2021 y que fue designada funcionaria de confianza en el cargo de jefa de la Oficina de Secretaría General mediante la Resolución de Alcaldía 021-2021-A/MDST/LC, de fecha 1 de febrero de 2021. Agrega que, posteriormente, mediante la Resolución de Alcaldía 131-2021-MDST/LC, del 27 de setiembre de 2021, se dispuso la conclusión de dicha designación. Sostiene que mediante el Informe 0171-2021-OSG-A-MDST/LC, de fecha 8 de julio de 2021, puso en conocimiento de la demandada su estado de gravidez, adjuntando el certificado médico correspondiente, lo que motivó un malestar e incomodidad en las autoridades municipales, quienes finalmente optaron por despedirla por estar embarazada²¹.
3. Al respecto, el Tribunal Constitucional, interpretando lo establecido en los artículos 2, inciso 2, y 4 de la Constitución, ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento constitucional contempla una tutela reforzada en favor de las mujeres gestantes en el ámbito laboral, la cual, entre otros aspectos, exige brindarles estabilidad y seguridad laboral durante el periodo de gestación y lactancia (²²); garantía que se extiende a toda trabajadora del sector

²¹ Fojas 12

²² Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Publicada en el diario oficial El Peruano, el 27 de diciembre de 2017.

“Artículo 6. Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia. Queda prohibido que la entidad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

público o del sector privado que se encuentre en tal situación, independientemente del régimen laboral al que pertenezca, pues la Constitución -en tanto norma suprema del Estado- irradia sus efectos normativos a todos los espacios de interacción laboral, sin excepción alguna.

4. En el presente caso, a fin de probar su estado de gravidez, la demandante ha presentado en autos el Informe 00171-2021-OSG-A-MDST/LC, de fecha 8 de julio de 2021²³, mediante el cual comunicó al gerente municipal de la entidad demandada su estado de gravidez y solicitó su exclusión de actividades que pongan en riesgo su condición de embarazo. Se observa, además, un sello de recepción de la oficina correspondiente en dicho documento.
5. En suma, se ha acreditado que la parte demandada tuvo conocimiento directo del embarazo de la demandante antes del fin de su relación laboral. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la parte emplazada no ha negado en autos haber sabido del estado de gestación de la demandante, tal como puede verificarse del numeral cuatro de su escrito de demanda.
6. Teniendo en cuenta la especial protección constitucional reforzada a favor de la mujer gestante, en el presente caso se aprecia que la parte emplazada, a partir de haber tomado conocimiento del estado de embarazo de la recurrente, debió adoptar las acciones necesarias para garantizar su derecho al trabajo. Sin embargo, al optar por continuar con su decisión de no renovar el contrato laboral de la demandante, sin esperar el periodo de protección de la mujer gestante, se generó una situación de discriminación por razón de sexo, circunstancia que conlleva a concluir que su cese laboral resulta inconstitucional.
7. Por tanto, corresponde tutelar el derecho al trabajo y a la protección de la madre en el ámbito laboral, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación de la demandante, y disponer su reposición laboral en un puesto de trabajo de igual o similar categoría (jerárquica

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

²³ Fojas 6



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00492-2023-PA/TC
CUSCO
BERLU NAYDA TUPA FUENTES

y remunerativa) al que tenía antes del despido, por el tiempo que dura el periodo de gestación y el año de lactancia.

8. De otro lado, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda en relación con el pago de remuneraciones devengadas por el tiempo que no laboró la recurrente hasta su reposición; por cuanto tales remuneraciones son de naturaleza indemnizatoria, lo que difiere de la naturaleza del proceso de amparo.

Por las consideraciones expuestas, en el presente caso mi voto es por declarar:

FUNDADA EN PARTE la demanda respecto a la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación en conexión con el derecho al trabajo; **ORDENAR** la reposición de la recurrente en una plaza de igual o similar categoría hasta que se convoque a concurso público para la plaza que desempeñaba; e **IMPROCEDENTE** el extremo referido al pago de devengados.

S.

GUTIÉRREZ TICSE