

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional
N° 05652-2007-PA/TC

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogado

Autor:

Alfonso Daniel Alarcón Ramírez

Asesor:

Manuel Fabrizio Privat Colla

Lima, 2022

Resumen

En el presente informe, el autor analiza los problemas que se desprenden de los hechos señalados en la sentencia del Tribunal Constitucional. Entre estos, se encuentran la determinación del tipo de relación contractual existente entre la demandante y la entidad demandada, con énfasis en la dicotomía entre la contratación de naturaleza civil y laboral, y la existencia de un despido nulo, así como la delimitación de su tipología y posibles efectos ante una confusión o mal uso de la misma en la institución de la carga de la prueba. Para alcanzar el objetivo, se utilizan diversas fuentes doctrinarias, así como una pluralidad de instrumentos normativos, como la legislación nacional, la Constitución y el marco internacional referido a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Respecto de las conclusiones del trabajo, resulta posible afirmar la existencia de elementos de subordinación que acrediten la naturaleza laboral del contrato de la demandante; sin embargo, el análisis ofrecido en la sentencia es bastante acotado, toda vez que se limita a mencionar el elemento probatorio referido al horario de refrigerio, pero no desarrolla el nexo existente entre los hechos y el derecho ni brinda otros criterios para reforzar su postura. De igual forma, parece existir una confusión en las tipologías de despido nulo adscritas al caso, porque se determina la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo, a pesar de la existencia de regulación legislativa del despido por motivo de embarazo, lo cual deviene en efectos importantes en cargas probatorias.

Palabras clave

Despido, desnaturalización, discriminación, carga probatoria, embarazo.

Abstract

In this report, the author analyses the problems arising from the facts stated in the judgment. Among these are the determination of the type of contractual relationship existing between the plaintiff and the defendant, with emphasis on the dichotomy between civil and labour contracting, and the existence of a null dismissal, as well as the delimitation of its typology and possible effects in the face of confusion or misuse in the institution of the burden of proof. In order to achieve this objective, various doctrinal sources are used, as well as a plurality of normative instruments, such as national legislation, the Constitution and the international framework referring to the Conventions of the International Labour Organisation.

With regard to the conclusions of the work, it is possible to affirm the existence of elements of subordination that accredit the labour nature of the plaintiff's contract; however, the analysis offered in the judgement is quite limited, since it is limited to mentioning the evidentiary element referring to the refreshment schedule, but does not develop the existing link between the facts and the law, nor does it offer other criteria to reinforce its position. Similarly, there seems to be confusion in the typologies of null dismissal ascribed to the case, because it determines the existence of a discriminatory dismissal on grounds of sex, despite the existence of legislative regulation of dismissal on grounds of pregnancy, which results in significant effects on the burden of proof.

Keywords

Dismissal, denaturalisation, discrimination, burden of proof, pregnancy.

Índice

| | | |
|--------|---|----|
| 1. | Relación de hechos y argumentos principales presentados en el caso | 5 |
| 1.1. | Petitorio | 5 |
| 1.2. | Hechos del caso | 5 |
| 1.3. | Procedencia de la demanda de amparo | 6 |
| 1.4. | Sentencia del caso | 7 |
| 2. | Identificación y análisis de los principales problemas jurídicos | 7 |
| 2.1. | Cuestiones formales y de admisión | 8 |
| 2.1.1. | ¿Vía laboral o constitucional? | 8 |
| 2.1.2. | Nulidad del despido por motivo de embarazo en el ordenamiento peruano | 10 |
| 2.2. | Cuestiones de fondo | 12 |
| 2.2.1. | Vínculo de trabajo: Elementos esenciales de la relación laboral | 12 |
| 2.2.2. | ¿Invalidez o desnaturalización del contrato de trabajo? | 13 |
| 2.2.3. | Principio de primacía de la realidad | 17 |
| 2.2.4. | Protección laboral reforzada de la trabajadora embarazada | 18 |
| 2.2.5. | Carga probatoria en el despido nulo por causa de embarazo | 19 |
| 2.3. | Problemáticas de la sentencia | 24 |
| 2.3.1. | ¿Cómo configura el TC su criterio para abordar que se trata de una relación laboral? | 24 |
| 2.3.2. | Medios probatorios presentes y ausentes: ¿por qué el empleador no ofreció otros medios sobre el desconocimiento del embarazo? | 27 |
| 2.3.3. | Consecuencias de fundar la sentencia como discriminación por sexo y no por embarazo | 28 |
| 3. | Conclusiones | 31 |
| 4. | Bibliografía | 32 |

1. Relación de hechos y argumentos principales presentados en el caso

En el presente informe jurídico se abordará el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) peruano sobre el expediente N°05652-2007-PA/TC, en el cual la demandante es Rosa Bethzabé Gambini Vidal y los codemandados son la Sociedad de la Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) y – en aquella época – el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Mindes).

1.1. Petitorio

Con fecha 13 de octubre de 2004, la recurrente interpuso la demanda de amparo contra los referidos codemandados, a través de la cual solicitó que se deje sin efecto el despido del que había sido objeto, debido a que lo consideró como discriminatorio por razón de sexo y, en consecuencia, que se ordene la reposición en su puesto de trabajo.

1.2. Hechos del caso

La señora Rosa Gambini ingresó a trabajar a la Sociedad de la Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) como apoderada judicial de la Oficina de Asesoría Jurídica desde el 1 de diciembre del 2001 hasta el 24 de mayo de 2004 bajo un contrato por servicios no personales.

En esa línea, la recurrente señaló que, debido a tener más de 1 año ininterrumpido de labores, se le debía aplicar la Ley N° 24041, según la que 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 causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público). Indicó que el contrato civil que mantenía encubría una relación laboral y que debía aplicarse el principio de primacía de la realidad.

En adición a ello, la demandante alegó que su despido de trataba de un despido discriminatorio por razón de sexo, toda vez que se encontraba embarazada y lo había notificado de forma oportuna a la entidad empleadora, lo cual vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Los codemandados señalaron lo siguiente:

- Procurador del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Mindes) señaló que con fecha 30 de junio de 2004 se venció el plazo de duración del contrato de servicios no personales de la demandada, por lo que su contrato se extinguió y no correspondía solicitar una reposición. También señaló que la Ley N° 24041 no le era aplicable a la demandante, porque no ingresó a la carrera administrativa mediante concurso público conforme con el Decreto Legislativo N° 276.
- La SBLM alegó la excepción de falta de agotamiento de vía administrativa y de prescripción. Asimismo, manifestó que no conocía la situación de embarazo de la demandante y, en igual sentido que la defensa del Ministerio, señaló que la demandante fue contratada por servicios no personales y que la Ley 24041 no le es aplicable, por lo que no tendría una labor de naturaleza permanente y no ha podido ser despedida discriminatoriamente.

En primera instancia, el Juzgado Especializado en lo Civil declaró infundadas las excepciones y fundada en parte la demanda en el extremo de la solicitud de reposición de la demandante. Según su criterio, se acreditó que la señora Gambini fue contratada para realizar labores de naturaleza permanente por más de 1 año ininterrumpido, por lo que le resultaba aplicable el artículo 1 de la Ley 24041.

Después de apelar la sentencia en la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, se revocó la sentencia y se declaró fundada la excepción de caducidad por el plazo establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional e improcedente la demanda. Frente a ello, la demandante presenta el recurso de agravio constitucional contra la referida sentencia con fecha 11 de junio de 2007.

1.3. Procedencia de la demanda de amparo

El Tribunal analizó como primer punto si la demanda interpuesta fue presentada dentro del plazo establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, toda vez que el artículo 5 se indica que no proceden los procesos constitucionales cuando “[h]a vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus”.

Según los hechos del caso, el despido de la demandante se ejecutó el 21 de mayo de 2004, por lo que el cómputo del plazo de prescripción comenzó a partir de dicha fecha. El Tribunal advirtió que el plazo de prescripción se suspendió el 17 de junio y desde el 14 de julio hasta el 10 de septiembre de 2004 por la huelga de los trabajadores del Poder Judicial. Debido a

ello, a la fecha de la interposición no había transcurrido en exceso el referido plazo previsto en el Código Procesal Constitucional, por lo que la excepción de descripción fue declarada infundada.

Asimismo, consideró necesario establecer cuál era el régimen laboral aplicable. Señaló que al momento de que la recurrente ingresó a trabajar a la SBLM ya se encontraba vigente la Tercera Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley N° 26918, por lo que le correspondía el régimen laboral de la actividad privada. En esa línea, en concordancia con el principio *iura novit curia*, el TC decidió subsanar el error de la demandante respecto de su pretensión de su reposición en aplicación de la Ley N° 24041, ya que correspondía el régimen de la actividad privada.

1.4. Sentencia del caso

De forma concisa, el TC dispuso que, en razón de la existencia del Memorando Múltiple N° 043-2004 de fecha 12 de mayo de 2004, se acreditó que la Beneficencia impartía órdenes como imposición del horario de refrigerio y que en caso de incumplimiento sería excluida de la entidad. Señaló que la recurrente, si bien trabajaba bajo un contrato de servicios no personales, en realidad desempeñaba labores de forma subordinada y permanente, por lo que estableció que entre las partes existía una relación de naturaleza laboral y no civil. En concordancia con ello, al haber sido despedida sin haber expresado causa justa, se le ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo.

En igual sentido, señaló que se vulneró el derecho a la igualdad de la demandante al advertir que fue objeto de un despido discriminatorio directo por razón de sexo. Expuso que quedó probado con las cartas obrantes a fojas 6 y 16 que la demandante había comunicado oportunamente a la empleadora acerca de su embarazo.

En atención a ello, el Tribunal declaró infundada la excepción de caducidad y fundada la demanda de amparo, por lo que ordenó a la SBLM reincorpore a la señora Rosa Gambini en el cargo que desempeñaba o en otro de similar nivel o categoría.

2. Identificación y análisis de los principales problemas jurídicos

Resulta pertinente advertir los problemas jurídicos adscritos. En esta sección se abordarán desde una visión general basada en doctrina y jurisprudencia.

2.1. Cuestiones formales y de admisión

En el presente trabajo no se puede omitir, aunque de forma abreviada, realizar una aproximación a los criterios vinculados a la admisión de la vía constitucional en materia laboral, así como el despido nulo por causal de embarazo y su tratamiento protector en el tema probatorio.

2.1.1. ¿Vía laboral o constitucional?

La interrogante planteada ha sido tema de discusión por largo tiempo, especialmente en la jurisprudencia peruana, y es que se ha pasado por diversas etapas, desde una ‘amparización’ de los procesos laborales hasta la circunscripción a un plano residual de la vía constitucional frente a procesos de esta materia. Todo ello en el marco de los despidos y su posibilidad de acceso a los procesos constitucionales.

En un primer momento, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, la ley o LPCL) señala dos supuestos de despido: i) el despido arbitrario, en el que se encuentran el incausado (no se expresa motivo) y el injustificado (no se puede probar el motivo invocado) y ii) el despido nulo (vulnera derechos fundamentales). En esa línea, lo que se tenía a ese punto era lo siguiente:

| Despido | Pretensión | Vía |
|---------------|-----------------------------|--|
| Incausado | Indemnización | Laboral |
| Injustificado | Indemnización | Laboral |
| Nulo | Reposición Indemnización | Laboral o constitucional laboral |

Fuente: Javier Neves (2015)

Luego, en el año 2002, llegaría la famosa sentencia del TC recaída sobre el caso Telefónica, la cual trataba sobre despidos en afección de trabajadores sindicalizados a través de la tipología del despido incausado. Más allá de las críticas de fondo al criterio utilizado para resolver el caso, se postuló una nueva tesis sobre la protección constitucional frente al despido, lo cual dejó el estado inicial de la siguiente manera:

| Despido | Pretensión | Vía |
|----------------|-----------------------------|--|
| Incausado | Reposición Indemnización | Constitucional laboral |
| Injustificado | Indemnización | Laboral |
| Nulo | Reposición Indemnización | Laboral o constitucional laboral |

Fuente: Javier Neves (2015)

Tiempo después, en el año 2003 se expide la sentencia del mismo órgano en el caso Llanos Huasco, a través del cual se creó la figura del despido fraudulento. A criterio de Neves, el TC había ocasionado un problema, al parecer de forma involuntaria, con la sentencia del caso Telefónica e intentó resarcirlo con la instauración de esta nueva tipología (2015, p. 230). Este nuevo despido, a criterio del Tribunal, podía ser recurrido en vía laboral ordinaria y en vía constitucional.

Ahora bien, es necesario advertir que en las sentencias previas se encontraba en vigencia la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, la cual manifestaba un carácter optativo entre las vías ordinarias y constitucionales. Es a partir de diciembre del año 2004 que entra en vigencia el Código Procesal Constitucional, el cual señaló que la vía constitucional no debía ser utilizada como una vía optativa o alternativa, sino, según el artículo 5 numeral 2, como residual cuando no existan “vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

Es en el contexto de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional que el TC expide la sentencia del caso Baylón Flores, a través de la cual manifiesta que la vía del amparo también respondía frente a despidos nulos, fraudulentos e incausados, cuando se solicita la reposición.

| Despido | Pretensión | Vía |
|----------------|-----------------------------|--|
| Incausado | Reposición Indemnización | Constitucional laboral |
| Injustificado | Indemnización | Laboral |
| Fraudulento | Reposición Indemnización | Constitucional laboral |
| Nulo | Reposición Indemnización | Laboral o constitucional laboral |

Fuente: Javier Neves (2015)

A criterio de Neves, la referida sentencia presentó una situación incoherente con el propósito del Código Procesal Constitucional, toda vez que el despido incausado y fraudulento carecían de la vía laboral ordinaria cuando se pretendía la reposición y solo tenían la vía constitucional: la vía principal no y la secundaria sí (2015, p. 231). Siendo así, ya sea por descuido u omisión por parte del Tribunal, fue la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema la encargada de abordar algunas cuestiones pendientes a través del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. En sus acuerdos 1 y 2, se señaló que “[I]os jueces de trabajo en los procesos laborales (...) están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo” (I Pleno, 2012).

| Despido | Pretensión | Vía |
|---------------|-----------------------------|--|
| Incausado | Reposición Indemnización | Laboral Laboral |
| Injustificado | Indemnización | Laboral |
| Fraudulento | Reposición Indemnización | Laboral Laboral |
| Nulo | Reposición Indemnización | Laboral o constitucional laboral |

Fuente: Javier Neves (2015)

El criterio considerado por el Pleno parece conversar mejor con la idea inicial propuesta en el Código Procesal Constitucional, toda vez que dejó de configurar a la vía constitucional del amparo como un mecanismo optativo para convertirlo en residual. En ese sentido, las distintas tipologías de despido, con excepción del nulo, deberán dirigirse hacia la vía ordinaria laboral como punto de partida.

2.1.2. Nulidad del despido por motivo de embarazo en el ordenamiento peruano

Una de las representaciones más drásticas, sino la más grande, del poder de dirección a través de la sanción, es el despido. En el presente trabajo no se ahondará en detalle en cada de sus tipologías o la aplicación del principio de gradualidad para analizar su justificación, pero sí resulta importante observar el tratamiento general que se le otorga al despido en nuestro

ordenamiento, con especial predilección hacia el despido nulo y en una de sus causales: embarazo, debido a que, tal vez bastante obvio a este punto, es el tipo presente en el caso.

Como primer punto, nuestra Constitución Política, en sus artículos 22 y 27, desarrolla el derecho del trabajo en dos aspectos importantes: i) el acceso y ii) conservación (Neves, 2015, p. 228). El primero debe ser entendido como el derecho de las personas a tener las condiciones y políticas públicas idóneas para la obtención y promoción del empleo, contrario a lo que puede creerse al considerar que se trata de un derecho a tener un trabajo en todo instante. Mientras tanto, el segundo consiste en la exigencia de que el despido se encuentre basado en causa justa.

En nuestro marco legislativo, como se ha señalado, la LPCL recoge dos supuestos de despido. Posteriormente, con la sentencia del TC recaída sobre el caso Llanos Huasco, a través de la jurisprudencia se agregó el despido nulo al catálogo de despidos existentes en nuestro ordenamiento.

Previamente a abordar el despido nulo, cabe señalar que un factor imprescindible a tomar en cuenta cuando nos referimos al despido es la estabilidad en el trabajo. Si partimos de lo ya señalado en párrafos anteriores, podemos advertir que el legislador, al haber estipulado la cláusula de esta manera, tuvo interés en “otorgar una adecuada protección al trabajador a fin que no sea despedido en forma injustificada, generando de esta forma un límite al accionar de los empleadores” (Toyama, 2012, p. 233). La protección adscrita en los diversos dispositivos de nuestro ordenamiento se divide en la estabilidad absoluta, la cual genera una tutela restitutoria, y la estabilidad relativa, la que se refleja en una tutela resarcitoria.

Ahora bien, encausando el apartado hacia el despido nulo, la LPCL contempla diversas causales para su configuración, entre las que se encuentra el despido por motivo de embarazo. De estos supuestos se desprende que se trata de la composición de una lista taxativa cerrada, aunque cabe añadir que el TC también ha considerado a los supuestos de discriminación de las personas con VIH/SIDA y con discapacidad.

Respecto del punto de interés, en el inciso e) se indica explícitamente que el despido será estimado como nulo si este se produce por motivo del embarazo y se extiende hasta los 90 días posteriores al parto. En un principio, en referencia al periodo de gestación, la ley contemplaba que la nulidad del despido operaba solo dentro de los 90 días anteriores al parto; es decir, que si ocurría un despido por motivo de embarazo antes de los días referidos, no se encontraba

recogido como despido nulo. Esto último cambió con la Ley 30367, la cual manifestó que “se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento”.

2.2. Cuestiones de fondo

En el presente apartado se analizarán los temas más relevantes presentes en el caso materia de análisis. El desarrollo estará orientado a una visión doctrinaria para ulteriormente tenerla en cuenta al momento de abordar las cuestiones vinculadas directamente a las problemáticas existentes en los hechos relatados.

2.2.1. Vínculo de trabajo: Elementos esenciales de la relación laboral

El Derecho del Trabajo nace como un desprendimiento del Derecho Civil, lo cual se estriba en las diferencias de poder entre las partes involucradas, y tiene su sustento en grandes hitos históricos como la Revolución Industrial, lo cual significó grandes cambios, especialmente en temas de producción, seguridad, enfermedades, moneda, trabajo, y la Revolución Francesa, toda vez que llevó a crítica de la igualdad y el liberalismo en auge respecto de la autonomía de las partes en ciertos supuestos como el empleo.

Desde aquellas épocas en adelante, el derecho ha ido evolucionando con la sociedad, tal vez siempre un escalón atrasado, pero también se han expuesto otros problemas adscritos a estos cambios. Es importante advertir que lo que conocemos como “trabajo” no siempre coincide en el ámbito del derecho del trabajo y el lenguaje común (Neves, 2016, p. 15). Es en este último en el que se considera trabajo de una forma amplia a toda ocupación, indistintamente de las características que posea. Sin embargo, esto no ocurre cuando se hace referencia a este término bajo la óptica del Derecho del Trabajo, ya que nos encontramos con una ocupación con determinados requisitos.

Siendo así, este derecho que ha ido evolucionando a través del tiempo, y que lucha con los constantes cambios sociales, ostenta tres elementos esenciales en su marco de protección de las relaciones laborales, los cuales se abordarán de forma sucinta:

Prestación personal: la actividad objeto del contrato de trabajo implica “la puesta a disposición de la fuerza de trabajo de un individuo para que un tercero haga uso de ella bajo su dirección” (Ferro, 2019, p. 17). Tener en cuenta que este elemento es señalado

expresamente en el artículo 5 de la LPCL, en el que se señala que los servicios “deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural”.

Subordinación: considerado como el elemento preponderante en la diferenciación del contrato laboral y cualquier otra forma de contratación. Es entendida como la sujeción del trabajador al poder de dirección y facultades que ostenta el empleador, los cuales, vale recordar, también cuentan con límites. Neves señalaba que en lo referido al contenido del poder de dirección, según la doctrina, este se manifiesta a través de la dirección, fiscalización y sanción al trabajador (2016, p. 35). En igual sentido que con la prestación personal, la LPCL en su artículo 9 advierte que existirá subordinación cuando el trabajador preste sus servicios bajo dirección de su empleador.

Si bien no se realizará un análisis exhaustivo de esta característica en los vínculos contractuales de trabajo, cabe recordar que actualmente puede ser considerado como el elemento que más debate ha generado entre los espacios de la doctrina y jurisprudencia, toda vez que la figura convencional o clásica de la subordinación se ha visto rebasada por las nuevas manifestaciones vinculadas a la tecnología, algoritmos y descentralización de la empresa. En el presente trabajo se abordará la visión clásica en atención con el caso relatado.

Remuneración: en un sentido laxo podría entenderse como toda retribución económica hacia el trabajador por su prestación en las actividades. Del artículo 6, se entiende que todo lo que percibe el trabajador como retribución de sus servicios califica como remuneración, siempre que sea de libre disposición (Ferro, 2019, p. 18). Tener en cuenta que los artículos 19 y 20 de la Ley de CTS señalan los conceptos que no serán considerados como remunerativos.

2.2.2. ¿Invalidez o desnaturalización del contrato de trabajo?

Si bien el título del presente apartado está planteado como una pregunta que configura como excluyentes ambos supuestos, ¿realmente sucede así? La respuesta sencilla y rápida es no. Es decir, obviamente se trata de dos conceptos distintos, pero, al menos en el contrato de trabajo, no son automáticamente excluyentes, por lo que podrá darse el caso que un contrato considerado inválido desde la óptica civil también sea un contrato desnaturalizado desde el lado laboral. En ese sentido, se desarrollará brevemente los supuestos invalidez en el contrato laboral, así como la explicación y efectos de su desnaturalización.

En primer lugar, la validez y eficacia del contrato laboral comprende uno de los temas menos desarrollados en esta rama del Derecho, posiblemente porque sus particularidades no permiten una aplicación supletoria automática cuando se trata de la anulación de un contrato, una simulación o la ausencia o inobservancia de requisitos formales (Toyama, 2012, p. 450). Aunado a ello, referido a la validez, debemos tener en cuenta que existen elementos indispensables para que los contratos de trabajo tengan valor jurídico, lo cual deviene en su existencia y en sus efectos jurídicos.

Sobre lo último, de una revisión del Código Civil en su artículo 140, se menciona que los actos jurídicos requieren de cuatro elementos para su validez: plena capacidad de ejercicio, objetivo física y jurídicamente posible, fin lícito y la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Acerca de la capacidad, se trata de que las partes ostenten la facultad para suscribir un contrato que permita prestar los servicios contratados y otorgar las condiciones de trabajo y la remuneración correspondiente (Toyama, 2012, p. 454). Respecto del objeto del contrato de trabajo, puede afirmar que se aporta “una utilidad material para los sujetos del acuerdo” y, asimismo, “está constituido por el servicio que el trabajador se compromete a prestar y por el salario en cuanto precio del trabajo prestado” (Martín & otros, citado en Toyama, 2012, p. 454).

Sobre el fin del contrato de trabajo, este claramente deberá ser lícito; es decir, los servicios que se presten a través de este acuerdo no podrán configurar la comisión de un delito o ir contra el orden público o las buenas costumbres. Luego, la observancia de la forma contractual, como último requisito, comprenderá, en el marco del contrato de trabajo, cualquier exteriorización de la voluntad, la cual puede expresarse de forma verbal (típica en los contratos laborales a plazo indeterminado) o de forma escrita (propia en las tipologías de plazo fijo o tiempo parcial) (Toyama, 2012, p. 454).

En ese sentido, cuando se presenta una ausencia o alteración de alguno de estos elementos o presupuestos esenciales en el acto jurídico, el contrato de trabajo se podrá presumir inválido. Respecto de la referida invalidez, se manifiesta a través de la nulidad y anulabilidad. Por un lado, cuando el acto sea considerado como nulo, concurre la invalidez e ineficacia desde su inicio, por lo que se entenderá como exento de todo efecto jurídico, salvo que, de forma excepcional, el ordenamiento le confiera ciertos efectos (Torres, 2021). La nulidad implica una ausencia de fuerza vinculante entre las partes que los celebraron, debido a que a estos

actos les falta un “un requisito esencial” o son contrarios al “orden público” y “buenas costumbres”, o infringen una “norma imperativa” (Torres, 2021).

Por otro lado, la anulabilidad se presenta cuando, a pesar de encontrarse los elementos sustanciales del acto, estos adolecen de ciertos vicios, por capacidad de ejercicio restringida, por tratarse de una simulación o cuando la ley así lo declare. Esta causal ataca al negocio jurídico que produce efectos jurídicos pero, ya sea por una irregularidad o algún vicio, “es susceptible de una acción que conduzca a su extinción” (Toyama, 2012, p. 457).

Si bien ambas instituciones tienen una diversidad de supuestos, en el presente trabajo, toda vez que el caso relatado se encuentra vinculado a un contrato de servicios no personalizados que es declarado como contrato de trabajo por el Tribunal, nos orientaremos a lo referido a la simulación. Siendo así, de una revisión del artículo 219 del Código Civil peruano, encontramos que una de las causales de nulidad requiere que el acto adolezca de simulación absoluta; mientras, en el artículo 221 del mismo cuerpo normativo se señalan las causales de anulabilidad, entre las que también figura la simulación, pero añaden que se presentará “cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero”.

En la búsqueda del entendimiento, y sobre todo diferenciación, de estas causales, se debe realizar una lectura sistemática de las normativas vinculadas, ya que, de una conducción hacia el artículo 190 del Código Civil, encontramos que el supuesto de simulación en la nulidad se refiere a una ‘simulación absoluta’, en la que “se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo”. En adición a ello, se presenta el otro caso de simulación, el cual ha sido acuñado por la doctrina como simulación relativa y es el supuesto señalado en el artículo 221 del Código Civil. La distinción reside que, mientras en la primera se aparenta un negocio cuando en realidad no existe un acuerdo real detrás, en la simulación relativa se finge un negocio jurídico con la existencia de uno oculto. Se puede concluir que la simulación, ya sea absoluta o relativa, representa una divergencia o discrepancia entre la voluntad expresa y la voluntad interna de las partes.

En materia laboral, señala Toyama, usualmente la simulación relativa se encuentra vinculada a la ‘desnaturalización’ del contrato, lo que ocasiona, en concordancia con la primacía de la realidad, la presencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (2012, p. 463). Un ejemplo típico podría darse cuando se celebra un contrato de locación de servicios o servicios no personales que en realidad encubre una relación con los elementos esenciales del contrato

de trabajo señalados previamente (prestación personal, subordinación y remuneración), lo cual denota una simulación de un contrato de naturaleza civil cuando en realidad existe un contrato laboral.

En segundo lugar, se presenta a la desnaturalización del contrato de trabajo. En concordancia de opinión con Vílchez, inicialmente debemos advertir que se considerará como términos similares y vinculados a los referidos a la desnaturalización del contrato y encubrimiento de la relación de trabajo (2008, p. 367). Ahora bien, sobre el término como tal, se configurará cuando los elementos de un vínculo jurídico, ya sea laboral o de otro tipo, no se encuentren presentes en el contrato o cuando la realidad de la relación los haya desfigurado a tal punto de perder su naturaleza inicial. Entonces, tal encubrimiento de una relación de trabajo, indistintamente de la forma que se haya tomado para encubrirla, dará como resultado la desnaturalización del contrato inicial.

El principal fundamento para dirigir nuestra atención hacia este tema es que se encuentra estrechamente vinculado a la estabilidad laboral. Desde el surgimiento del Derecho del Trabajo, este ha estado amparado en su principio protector en respuesta a la desigualdad existente entre empleador y trabajador. La manifestación más clara de lo señalado es la estabilidad en el trabajo y la tendencia a los contratos laborales a plazo indeterminado. Al partir de que el contenido constitucional del derecho a la estabilidad señalado en la conocida sentencia de Telefónica del Perú (2002), se tiene el contenido esencial posee dos aspectos: i) la protección de entrada o acceso al trabajo y ii) protección de salida o al término de la relación. En ese sentido, “la estabilidad en el empleo no solo se materializa al momento del término de la relación de trabajo, sino que tiene un presupuesto previo” (Vílchez, 2008, p. 370).

Propongamos un par de ejemplos para apreciar la presencia de relaciones encubiertas que tienen como consecuencia la desnaturalización del vínculo laboral. Como primer caso, imaginemos que nos encontramos trabajando para una empresa que nos ha contratado bajo un contrato de trabajo modal – sujeto a modalidad, a plazo determinado – por inicio o incremento de actividad, bajo el cual acordamos un plazo de 6 meses. Luego de vencido el plazo inicial, firmamos continuamente prórrogas por el mismo plazo hasta superar los 3 años sumados todos los periodos prestando servicios para la empresa.

En este caso, como supuesto 1: el contrato estaría desnaturalizado al haber superado los límites máximos fijados por ley, artículo 57 de la LPCL, toda vez que deja de representar una necesidad eventual para convertirse en una actividad habitual; y como supuesto 2: este vínculo laboral también se encontraría desnaturalizado si, de ser el caso, nunca se hubiese sustentado la causa objetiva para su modalidad, ya que, en igual sentido, se estaría encubriendo una relación que desde su inicio debió responder a un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Como segundo caso, asumamos que fuimos contratados bajo el ámbito civil por un contrato de locación de servicios, en el cual nos encontramos subordinados, bajo una estructura de control, con una jornada y horario fijos, y la fijación de sanciones bajo ciertos supuestos. En respuesta a ello, los hechos también relatarían una desnaturalización del contrato de locación firmado inicialmente, ya que debería tratarse de uno de naturaleza laboral. El TC, así como la Corte Suprema, se han pronunciado en un sentido similar, brindando ciertos criterios en el caso de la desnaturalización de contratos civiles: aplicación del principio de primacía de la realidad, rasgos de laboralidad (STC 18-2016-PA/TC) y la acreditación de los elementos esenciales del contrato de trabajo (Casación 18623-2015, Huánuco).

Como corolario, lo que se adelantaba en el prefacio del presente apartado, es posible la concurrencia de supuestos de invalidez del contrato civil en respuesta al encubrimiento de una relación de naturaleza natural, lo cual trae como consecuencia su desnaturalización. Resulta necesario recordar que la importancia de advertir la desnaturalización de contratos que corresponden a la protección vinculada directamente a la estabilidad laboral y beneficios sociales.

2.2.3. Principio de primacía de la realidad

De existir un vínculo de trabajo, entendido el término en forma amplia y bajo el lenguaje común, debe evaluarse la presencia de los elementos esenciales del contrato laboral. Según Ferro, cuando se verifique la presencia de estos elementos, se deberá tipificar la existencia de un contrato de trabajo, con prescindencia de la denominación que se le haya otorgado a su configuración contractual, incluso si se ha estipulado expresamente que se trata de un contrato de naturaleza civil (2019, p. 20). En ese sentido, el principio de primacía de la realidad aparece como eje base y transversal en el ámbito laboral.

El referido principio debe ser entendido como la prevalencia de lo que ocurre realmente sobre lo que se dice que ocurre. Neves señala que, ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que pasa y lo que efectivamente sucede, el derecho debe preferir lo que realmente ocurre (2016, p. 41). En un sentido similar, si realizamos una revisión de la Ley General de Inspección del Trabajo, se determina que “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales, debe siempre privilegiarse los hechos constatados”.

Así, cuando las partes finjan la celebración de un contrato de trabajo y la constitución de una relación laboral para engañar a terceros, como en el caso de las entidades aseguradoras, para obtener ventajas indebidas en materia de Seguridad Social (Neves, 2016, p. 42), estaremos frente a una desnaturalización por la operación del principio de la primacía de la realidad. De igual forma ocurrirá cuando, como se ejemplificaba en el punto anterior, se celebre un contrato de locación de servicios que disfrace una relación con los elementos esenciales del contrato de trabajo; y de la misma forma con los contratos laborales sujetos a modalidad y las distintas modalidades formativas que ocultan relaciones laborales en los hechos.

Con cierto énfasis en el supuesto de la contratación civil disfrazada y desnaturalizada, Neves considera que el principio de la realidad, en el derecho del trabajo, otorga un marco más amplio que el abarcado en el área civil por la institución de la simulación, aunque, se advertía previamente, conducen a un mismo resultado: la invalidez del acto trasgresor (2016, p. 44). Con ello, queda sentado la posibilidad de convergencia y no exclusión, dependiendo de la casuística, de la invalidez - desde el plano civil - y la desnaturalización - desde la óptica laboral - en materia de contratación de personal.

2.2.4. Protección laboral reforzada de la madre gestante

En nuestro ordenamiento, de algunos años hacia el presente, reside una especial protección de la trabajadora en su rol de madre, tanto en el estado de gravidez como posterior al parto. Este aspecto protector se encuentra presente en algunos dispositivos legales (además de lo dispuesto en la LPCL) y constitucionales. Entre los principales encontramos:

Constitución Política

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a **la madre** y al anciano en situación de abandono (...).

Artículo 23.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege **especialmente a la madre**, al menor y al impedido que trabajan (...). (1993)

Nueva Ley Procesal del Trabajo

Artículo III.- En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las parte (...). En particular, **acentúan estos deberes frente a la madre gestante**, el menor de edad y la persona con discapacidad (...). (2010)

En tal sentido, nuestro ordenamiento otorga, como se ha señalado, una protección especial, por su condición a la madre, a la trabajadora en el ámbito laboral. Una muestra de ello, en concordancia con lo mencionado sobre la regulación existente en la LPCL, es que cuando ocurre un despido de una trabajadora gestante o madre (pos-embarazo), este se presumirá con motivo del embarazo (y de madre), por lo que será declarado como nulo. Vale aclarar que no se trata de una disposición absoluta e irrestricta, ya que el empleador podrá justificar el despido si acredita que el despido existió causa justa.

Por su parte, en el ordenamiento internacional, además de importantes instrumentos como la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, los que abordan la igualdad de derechos de hombres y mujeres, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) también se ha emitido convenios sobre la materia en el ámbito del trabajo. Así, en el Convenio 183 de la OIT, artículo 8, el organismo internacional señala que queda prohibido que el empleador realice despidos cuando se trata de una mujer embarazada; además, en caso se intente desacreditar que el despido tuvo por motivo la gestación o condición de madre, la carga de la prueba será de incumbencia del empleador (2000). En línea con ello, también se encuentra el Convenio 158 de la OIT, el cual dispone en su artículo 5 que el despido por motivo de embarazo no constituirá causa justa para la terminación de la relación laboral (1982).

Como corolario, tenemos que la maternidad goza de una protección normativa, la cual no se limita a una justificación legislativa, sino también a una salvaguarda constitucional e internacional. En tal sentido, los cuestionamientos sobre esta materia no pueden desatender u

omitir las disposiciones señaladas, toda vez que nos encontraríamos frente a decisiones y fallos arbitrarios e incongruentes con el marco nacional e internacional.

2.2.5. Carga probatoria en el despido nulo por causa de embarazo

Si realizamos una revisión de la antigua y la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), encontraremos ciertas reglas referentes a la carga probatoria en el proceso laboral. La disposición de reglas procesales en cada una de esas normas resulta ser el mismo y podemos dividirlo de la siguiente manera:

- La regla general: quien alega un hecho tiene la carga de probarlo. Debemos tener en consideración que no se realiza distinción de la condición de demandante o de demandado, la de trabajador o de empleador. En síntesis, quien aporta el hecho asume la carga de probarlo (Pérez-Prieto & Priori, 2012, p. 342).
- Las reglas especiales: la ley establece de modo concreto, las siguientes cargas probatorias: a) los hechos cuya carga le corresponden al trabajador y b) los hechos cuya carga le corresponden al empleador (Pérez-Prieto & Priori, 2012, p. 343-344).

En la regla general en materia de carga probatoria, se tiene como único supuesto base la determinación de quién alega un hecho, sin considerar, como se detalló en el párrafo precedente, si quien lo hace es el demandante o demandado, o el trabajador o el empleador (Pérez-Prieto & Priori, 2012, p. 342). Entonces, tenemos que los efectos del cumplimiento de la carga probatoria existente se aplicarán en el proceso laboral con prescindencia de la condición de las partes en la relación de trabajo.

Ahora, existe la posibilidad de que en algunas situaciones la utilización de esta norma genere indefensión hacia las partes procesales, toda vez que la carga de la prueba puede trasladarse a quien no se encuentra en mejores condiciones de acreditar los hechos, casos en los que se debe inaplicar al caso concreto esta regla general (Pérez-Prieto & Priori, 2012, p. 343) y, en lugar de ello, debe emplearse una carga probatoria dinámica, la que permita evaluar quién se encuentra mejor posición de acreditar determinado hecho presentado en atención al principio de la unidad de la prueba.

Luego, respecto de la regla especial, entre el supuesto en el que la carga le corresponde al trabajador/a, se encuentra el motivo de nulidad, mediante el cual, si un trabajador/a alega la nulidad del despido, le corresponderá la carga de la prueba del hecho que la configura (Pérez-Prieto & Priori, 2012, p. 344). Ello denota que la carga probatoria en asuntos de

despido nulo se acoge a la regla general del proceso laboral, ya que será, en este caso, el/la trabajador/a quien deba acreditar, ya sea por prueba directa o indiciaria, la configuración de la tipología alegada.

En esa línea, Toyama y Neyra señalan que una de las etapas más intrincadas para sustentar en un proceso laboral es la forma de acreditación del despido nulo, toda vez que muchas de esas pruebas no se encuentran documentadas o, a pesar de encontrarse, las partes cometen el resabio de ocultarlas para evitar daños (2016, p. 235). Este criterio también ha sido establecido en la LPCL, el cual podemos hallar en su artículo 37 al disponer que “[n]i el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos”. Es decir, indistintamente de que el empleador determine un despido o el trabajador desee acreditar que se ha configurado un despido nulo, ambas partes tienen el deber de probanza de los hechos imputados.

Sin embargo, justamente de una revisión a la NLPT, encontramos que el ámbito procesal laboral ha establecido ciertas presunciones a fin de lograr una especie de inversión de la carga probatoria a favor de la trabajadora. Ejemplo de ello, tenemos el artículo 23.2, en el que se estipula que una vez “acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado”. Ahora bien, sobre el tema materia de análisis, encontramos el apartado de la LPCL señalado en una sección previa:

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo: (...)

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. **Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo**, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. (...)

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable **siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo** en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

De la redacción del citado inciso, debemos resaltar lo referido a que se presume que el despido tuvo por motivo el embarazo siempre que el empleador no haya acreditado la existencia de alguna causa justa, como la conducta o la capacidad de la trabajadora. Por lo tanto, esta causal de despido nulo, a diferencia del resto de supuestos, incluyendo el despido

discriminatorio por razón de sexo, no presenta la carga probatoria sobre la trabajadora para acreditarlo.

Sobre el tercer párrafo, se advierte que si bien inicialmente se presumirá que el motivo del despido es el embarazo, la trabajadora deberá acreditar que realizó la comunicación y notificación previa al empleador. Este requisito se entiende como una presentación escrita a cargo de la trabajadora, criterio compartido por el TC; sin embargo, también existen criterios por parte de la Corte Suprema en los que no se exige la existencia de una comunicación, sino que basta con que el estado de gestación sea evidente.

Así, tenemos la Casación Laboral N° 275-2005-Arequipa, en la que la Corte Suprema señaló que no es necesario la notificación del estado de gravidez cuando la gestación es evidente, por lo que resulta innecesaria la exigencia del requerimiento documental. En la misma línea, en la Casación Laboral N° 4957-2011-La Libertad, encontramos lo siguiente:

Resulta irrazonable exigir la notificación documental a la demandada, toda vez que conforme se ha expuesto amplia y razonadamente era conocido el estado de gravidez de la trabajadora; en consecuencia, como la norma apunta a entender a la notificación documental como la certeza de que el empleador tome conocimiento del embarazo de la trabajadora, esta notificación ya no es exigible ante una situación evidente de certeza indudable del estado de gravidez, por lo que se debe evitar caer en la literalidad del precepto, pues lo que se persigue es la protección (...) de la madre trabajadora, y en particular de aquella que se encuentre embarazada.

Este criterio incluso se ha mantenido en resoluciones más recientes como en la Casación N° 4458-2017-Junín, a través de la cual se reiteró el criterio interpretativo del estado de gravidez evidente y también el supuesto en el que el empleador toma conocimiento de la gestación de forma distinta a la documental.

Debido a los criterios expuesto, señalan Toyama y Neyra, si bien la LPCL señala que para que ocurra la nulidad del despido por motivo de embarazo la trabajadora debe notificar documentalmente su estado de gestación al empleador, se pueden presentar ciertos escenarios en los que ese requerimiento no sea necesario para su configuración: cuando el estado de gravidez de la demandante sea tan avanzado, o notorio, que se logra apreciar empíricamente sin esfuerzo alguno (2016, p. 255).

Sin perjuicio de ello, como se mencionó previamente, el TC ha mantenido una posición más conservadora y apegada a la literalidad de la norma, toda vez que su línea jurisprudencial va acorde con el requerimiento de la notificación hacia el empleador. Un ejemplo es la sentencia analizada de la señora Gambini, en el que se advirtió que uno de los requisitos – y también materia de discusión – fue la acreditación del estado de gravidez por parte de la demandante hacia su empleador, en este caso la Beneficencia de Lima.

Aunado a ello, justamente haciendo alusión a dicho pronunciamiento, el Tribunal emitió sentencia en el año 2021 del expediente N° 01157-2019-PA/TC, en la cual señaló que el despido nulo de las trabajadoras embarazadas respondía a la razón de discriminación por razón de eso y, de igual forma, que su configuración se encontraba sujeta a la acreditación del conocimiento del empleador o la respectiva notificación documentaria previa realizada por la trabajadora (2021). En esta sentencia se puede apreciar que el TC se ampara en la sentencia del caso Gambini para mantener su posición respecto a la notificación documental y, no menos importante, también considera que se trata de un despido discriminatorio por razón de sexo, mas no hace la precisión, a pesar de incluso citar la normativa correspondiente, de que se trata del supuesto de despido por motivo de embarazo.

A este punto, justamente por todo lo relatado, no debemos perder de vista, de cara a una discusión ulterior, que en el caso analizado la accionante interpuso el amparo por un despido discriminatorio por razón de sexo y la sentencia del TC confirmó este despido en la tipología señalada, a pesar de que el motivo central, tanto en los alegatos de la demandante como en los fundamentos del fallo, es el embarazo.

En adición a ello, vale advertir el marco legislativo comparado en la región. En Argentina, bajo la Ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, se desarrolla un capítulo entero referido a la protección de la maternidad. Bajo este escenario legislativo (artículos 177 y 178), se considera como un despido discriminatorio cuando este ocurre por motivo de embarazo. Ahora, acerca de la carga probatoria de la trabajadora se especifica que, en este caso de forma similar, debe presentarse un certificado médico de embarazo al empleador – si el despido se da entre los 7 meses y medio anteriores o posteriores a la fecha del parto, se presumirá que el motivo fue el embarazo – y, esta es la parte diferente, se detalla que puede darse el supuesto en el que no se ha presentado el certificado y quedará en la trabajadora acreditar que el empleador tenía conocimiento del estado de gravidez.

Por su parte, en Colombia se presenta el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 239, 240 y 241, en los cuales se valoran puntos importantes y que guardan cierta similitud con nuestra legislación. En su regulación se señala:

Artículo 239. Prohibición de despido (...)

Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.

Artículo 240. Permiso para despedir (...)

Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el (empleador) necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario (fundado en causa justa).

Artículo 241. Nulidad de despido (...)

No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos (...).

Como resultado, es posible afirmar que en otros ordenamientos de la región, más allá de similitudes y divergencias, también existen marcos normativos referidos al despido y al embarazo, brindando una protección especial a la trabajadora durante y después del estado de gestación, lo cual también tiene incidencia directa en la carga probatoria en los procesos laborales que aborden esta materia.

2.3. Problemáticas de la sentencia

Al llegar a esta sección, como era previsible, ya se ha forjado, y se han forjado, una idea de los problemas y la posición tomada frente al análisis de la sentencia realizado por el TC; sin embargo, considero oportuno abordar algunos temas de forma específica y un tanto alejada de la doctrina y jurisprudencia a fin de centrarnos en los hechos del caso y los cuestionamientos y/o efectos que desembocan en el plano empírico del Derecho del Trabajo en el país.

231. ¿Cómo configura el TC su criterio para abordar que se trata de una relación laboral?

De una observación al fallo del TC, podemos encontrar dos puntos principales en su fundamentación: 1) la desnaturalización del vínculo jurídico entre la demandante y la SBLM, ya que correspondía un contrato de naturaleza laboral y no civil y 2) la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo en afectación directa al derecho a la igualdad. En este apartado nos centraremos en el primer punto.

La referida sentencia sobre el caso materia de análisis termina por determinar que existe una relación de naturaleza laboral en la prestación de servicios realizada por la señora Gambini en favor de la SBLM. Ahora, lo importante es cuestionarse sobre qué bases se llegó a esa conclusión. Por un lado, el TC estriba su análisis en el Memorandum Múltiple N° 043-2004-OGAF/SBLM de fecha 12 de mayo de 2004. Se señala que el referido documento dispone, a modo de recordatorio, el horario de refrigerio y que su incumplimiento acarrearía la exclusión de la trabajadora. Debido a ello, a criterio del Tribunal, se tiene por acreditado que la SBLM impartía órdenes a la trabajadora demandante.

En la sección sobre la subordinación como elemento esencial en el contrato de trabajo, señalábamos que el empleador, en la relación de naturaleza laboral, cuenta con el llamado poder de dirección, el que tiene distintas manifestaciones como la dirección y organización de actividades, la fiscalización y la sanción. En la primera facultad podemos encasillar a la dación de órdenes como el establecimiento de horarios y jornadas, así como la organización de los puestos; y a través de la segunda y tercera se puede vigilar el adecuado cumplimiento de las disposiciones implementadas y determinar sanciones, como el despido, según los hechos de cada caso.

Entonces, en esa línea, tenemos que el TC ha realizado una constatación de los elementos del contrato laboral, en razón de símil con las facultades de dirección de la SBLM, lo cual dio como resultado considerar al contrato civil de servicios no personales como desnaturalizado, toda vez que encubría una relación de naturaleza laboral. La problemática existente es qué tan proporcional o adecuado resulta tomar el establecimiento de un horario de refrigerio para determinar que existe una efectiva relación laboral. La limitación se presenta por no tener el medio probatorio de forma tangible en la sentencia, ya que se pondrían desprender distintos supuestos: 1) se señalaba un horario, pero solo como recomendación; 2) se imponía un horario de trabajo determinado.

En el primer caso, debería evaluarse otros supuestos que brinden alcances acerca de la existencia de una efectiva subordinación, porque, de nuestro considerando, señalar una recomendación sin obligatoriedad vinculante hacia los trabajadores (en el sentido amplio de ‘trabajo’) no configuraría, por sí sola, un factor absoluto para la determinación de una relación de naturaleza laboral. Mientras, en el segundo caso, sí nos encontraríamos ante una manifestación del poder de dirección de la SBLM, lo cual se condice con la sanción de exclusión, lo cual puede leerse análogo al despido, en caso de incumplimiento de este horario. Posiblemente el escenario, teniendo en cuenta la sanción señalada, la cual parece encubrir una causal de despido por incumplimiento de obligaciones, haya sido el segundo; sin embargo, la crítica se mantiene: una fundamentación limitada por parte del TC, porque, probablemente, asume que las partes y los lectores de la sentencia conocen de plano todo vínculo entre los hechos y los elementos esenciales del contrato de trabajo y el derecho, o simplemente no cumplieron con su obligación de debida motivación de las sentencias.

Por otro lado, aunque en línea de lo ya señalado, podemos señalar algunos criterios que pudieron evaluarse de forma conjunta con el memorando considerado. Nos centraremos en dos aspectos: indicios de laboralidad bajo la visión internacional y un análisis empírico de las funciones de la accionante. Sobre lo primero, los indicios se presentan como medios procesales alternativos para determinar la existencia de un vínculo de naturaleza laboral. En el marco internacional, se encuentra la Recomendación 198 de la OIT, la cual, además de abordar los elementos esenciales de los contratos de trabajo, recoge otros indicios, entre los que destacan: la incorporación del trabajador/a que presta el servicio en la organización de la empresa; el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; y la ajenidad en los riesgos financieros para el trabajador/a (2006).

Como recordaba Ermida, las recomendaciones deben entenderse como “orientaciones para los jueces a la hora de solucionar casos concretos”, lo que deviene en que “los tribunales laborales pueden aplicar la recomendación (así como cualquier otra), tanto en la integración del derecho (en caso de vacío legal) como en la interpretación de las normas vigentes” (citado en Boza & Briones, 2021, p. 62). En tal sentido, tenemos que las recomendaciones erigen un bloque importante en el ordenamiento internacional en materia laboral y, si bien no ostentan un carácter vinculante como el caso de los convenios ratificados, son un recurso invaluable para un adecuado análisis y posterior sustentación de decisiones judiciales y constitucionales.

Sobre lo segundo, sin tratarse de una propuesta enrevesada, el TC debió evaluar hechos concretos del caso, ya que, como se advirtió inicialmente, basa su decisión de considerar el vínculo como laboral únicamente por el memorando, sin siquiera evaluar o nombrar algún otro criterio para tal fin. A modo de ejemplo, pudo abordarse el puesto de la demandante, quien laboraba como apoderada judicial en la Oficina de Asesoría Jurídica, y qué funciones desempeñaba en relación con el elemento de subordinación, lo cual puede acompañar a una mejor argumentación, y fundamentación, en el análisis de la demanda adscrita en la sentencia. Lamentablemente, este análisis solo ha quedado en un escenario hipotético.

Es menester tener en cuenta que no se trata de una cuestión banal o trivial respecto del análisis de la sentencia, porque, justamente, es a partir de la determinación de una relación de trabajo que se ‘habilita’ la ulterior evaluación de si nos encontramos frente a un despido nulo. En otras palabras, no puede dejarse de lado una adecuada argumentación respecto del establecimiento de un vínculo de naturaleza laboral, especialmente cuando existen temas de fondo subordinados a este, como, en el caso en concreto, es el despido nulo por razón de embarazo. Esto debido a que una observación limitada y escueta podría terminar vulnerando derechos fundamentales por la simple razón de no evaluar otros elementos presentes en el caso. En tal sentido, es una obligación del TC realizar una debida motivación de sus pronunciamientos, no solo para un mejor entendimiento de sus fallos, principalmente a favor de las partes, sino por la repercusión que pueden tener dentro del mismo razonamiento de cada caso y su influencia en futuros pronunciamientos jurisprudenciales.

232 Medios probatorios presentes y ausentes: ¿por qué el empleador no ofreció otros medios sobre el desconocimiento del embarazo?

En la sección correspondiente a la carga probatoria se adelantaron algunos puntos controvertidos, especialmente en la presunción como excepción en la tipología de despido nulo por embarazo y la necesaria – o no – carga de notificación documental hacia el empleador por parte de la trabajadora.

Rememorando los hechos del caso sobre el tema, se mencionó que i) la señora Gambini alegó haber presentado, lo cual fue ratificado por el TC, cartas obrantes a fojas 6 y 16 en la que había comunicado oportunamente a la empleadora acerca de su embarazo y ii) su entidad empleadora, la SBLM, manifestó que no conocía la situación de embarazo de la demandante. Si se ha prestado atención a la regulación legislativa del despido nulo, siempre y cuando se

haga referencia al despido por embarazo, la trabajadora ya habría cumplido con la carga mínima requerida referida a la notificación documental a través de la carta. Debido a ello, acorde con los hechos, quedaba en la entidad empleadora acreditar que el despido de la señora Gambini se había dado en respaldo de una causa justa y objetiva, ya que, como se advirtió previamente, en nuestro ordenamiento se brinda cierta protección adicional a la trabajadora en estado de gestación y madre, la cual, en una de sus manifestaciones, se ve plasmada en la presunción de que el despido tiene por motivo el embarazo.

Hasta este punto todo queda bastante claro, o eso espero, ya que, a todas luces, la demandante cumple con su carga probatoria y el empleador no. Sin embargo, el problema que se avizora como coligado al tema es la relación laboral encubierta: la SBLM claramente no postula ninguna razón, indistintamente de que sea objetiva o subjetiva, porque mantiene su postura de encontrarse en una relación de naturaleza civil desprovista de cualquier protección del Derecho Laboral. Entonces, sin detenernos a plantear interrogantes en estados hipotéticos como qué hubiese pasado si en realidad la entidad reconocía la relación de trabajo desde el inicio, el problema incide en el mismo punto, no vale caer en subjetividades al pensar que no era intención de la SBLM desproveerla del marco protector laboral, sino que en hechos objetivos se trató de un vínculo de trabajo desnaturalizado y que, como consecuencia, devino en la vulneración de la estabilidad laboral de la demandante en su estado de embarazo.

Sin perjuicio de lo establecido, igual se debe remarcar que hubiese sido un análisis interesante si la SBLM cortaba el vínculo contractual con la señora Gambini, pero brindaba cierta justificación del despido para que pueda darse la lectura de justificado en la parte laboral. La sentencia pudo haber devenido en una fundada en parte, confirmando la desnaturalización el contrato civil por tratarse de uno laboral y rechazando que se trate de un despido nulo al haberse amparado en causa justa. También pudo darse que la demandante no hubiera presentado ninguna carta notificando el embarazo, lo cual pudo exponer el criterio del TC acerca de esta carga probatoria y si respondía acorde con la Corte Suprema o mantenía su lectura literal.

Claramente estos últimos escenarios no se presentaron, por lo que su discusión no se exhibe como relevante en el análisis central de la sentencia, pero no por eso dejan de ser peculiares. Lo importante de este apartado es comprender que ya existía un problema primigenio y que enmarca todas las problemáticas existentes del caso: la desnaturalización del contrato, ya que la protección frente al despido nulo de la demandante deviene de la naturaleza laboral que

debió tener su vínculo jurídico con la entidad empleadora. Asimismo, solventando la pregunta de este apartado, la SBLM no ofreció medios probatorios para justificar el despido, porque simplemente estos no existían, toda vez que se basan en afirmar que “no tenían conocimiento”, pero esto queda descartado con las pruebas documentales de la señora Gambini. En ese sentido, partiendo de que en realidad se trataba de un contrato de naturaleza laboral, era el deber del empleador ofrecer los medios probatorios necesarios para justificar el despido.

233. Consecuencias de fundar la sentencia como discriminación por sexo y no por embarazo

De una lectura de la sentencia del caso materia de análisis, se aprecia que el TC termina por declarar como fundada la acción de amparo, pero resalta el hecho de que, en relación con el tema de la razón del despido nulo, haya señalado que se trata de un despido discriminatorio por razón de sexo y no por el embarazo. Y es que no resulta una afirmación banal o temas de tecnicismo o algún capricho de redacción, sino que declinarse por una tipología de despido nulo y no por otra, especialmente por motivo de embarazo, acarrea consecuencias importantes.

En primer lugar, a modo contextual, debemos observar que en la sentencia el Tribunal sí trata, aunque raudamente, el tema del embarazo; sin embargo, el asunto es abordado en los siguientes términos:

La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca (...). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. (Tribunal Constitucional, 2008)

En otras palabras, el TC asume que la causal de despido de embarazo (inciso e del artículo 29 LPCL) se encuentra adscrita a la tipología de despido discriminatorio por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole (inciso d del artículo 29 LPCL). Si bien es razonable el criterio del cual se parte, ya que se parte de una discriminación hacia la trabajadora por su estado de gestación, se está obviando que nuestro

ordenamiento ha enmarcado un supuesto especial para los casos de embarazo en consideración la protección brindada por el marco legal y constitucional hacia la madre. En ese sentido, que el TC haga parecer, tal vez de forma involuntaria, como innecesario o redundante que exista un tipo de despido nulo referido específicamente al embarazo, resulta incongruente, especialmente cuando constituye un umbral superior de protección a la estabilidad laboral.

En segundo lugar, como complemento de la primera parte, la consecuencia directa de esta confusión – o equivocación – al determinar el tipo de despido nulo que se ha generado a raíz de los hechos es discriminatorio por sexo, y no por embarazo, es la carga de la prueba. Como ya se ha detallado, la institución de la carga probatoria plantea ciertas reglas concretas, una de las cuales, en el caso del motivo de nulidad, señala que la carga de la prueba del hecho que la configura le corresponde al trabajador. Es decir, si presento una demanda por despido nulo por razones como la afiliación a un sindicato, haber presentado una queja contra el empleador o haber sido discriminado por mi religión o mi sexo, soy yo, como trabajador, el encargado de probar lo alegado. Sin embargo, en ello recae la crítica al TC, existe la excepción en el supuesto del motivo de embarazo, ya que se presenta una presunción y la carga probatoria disminuye, sin entrar a discutir la notoriedad o no del estado de gravidez, a tal punto de limitarse a la notificación documental por parte de la trabajadora hacia su empleador.

Si existe un marco legislativo que brinda protección a la madre trabajadora, qué sentido tiene que la jurisprudencia se pronuncie omitiendo esta disposición, la cual no consiste en interpretaciones doctrinarias opuestas ni algo similar, sino que se trata de una normativa explícitamente dispuesta en nuestra legislación. Un efecto negativo directo, lo cual ya se aprecia en fallos posteriores del mismo órgano, incluso con referencias al caso Gambini, es que la presunción se convierta en obsoleta y la inversión de la carga probatoria simplemente no tenga efecto, lo cual, a su vez, acarrea el incremento de la prueba hacia la trabajadora gestante.

Finalmente, reiterar en que no se trata de un asunto superfluo o sobrante, sino que puede terminar generando una indefensión procesal y material, y contraviniendo dispositivos legales y constitucionales. De ello, resulta menester considerar que debe realizarse una precisión adecuada de la tipología de despido nulo al momento de emitir un fallo, ya que no se puede permitir que el máximo intérprete constitucional excluya o prescinda de consideraciones

legislativas amparadas en el principio protector del Derecho del Trabajo en afección directa a instituciones como la carga de la prueba y la estabilidad laboral.

3. Conclusiones

Del análisis del caso, se puede concluir lo siguiente:

- Se presenta una limitada fundamentación respecto de los hechos e indicios que configurar la laboralidad en la relación jurídica entre la demandante y la demandada. Inicialmente se parte de un contrato de naturaleza civil, pero el TC consideró que se trataba de un contrato de trabajo debido a la existencia de subordinación. Sin embargo, el desarrollo de este elemento distintivo en la contratación laboral se constriñó a señalar la existencia de un horario de refrigerio, sin evaluar la existencia de otros componentes para brindar tal decisión.
- No debe desatenderse la falta de motivación en la sentencia, ya que parece que el TC asume de entrada que todos poseemos pleno conocimiento de los elementos del contrato de trabajo y totalidad de hechos del caso. Ello no se trata de un asunto insustancial y complementario del caso, sino todo lo contrario, en razón de que la discusión posterior sobre la existencia de un despido nulo responde y se encuentra subordinada a la justificación de una relación laboral bajo la primacía de la realidad.
- Existen supuestos de invalidez del acto jurídico en el ámbito civil que son aplicables a los contratos laborales. Uno de estos es la simulación la relativa, la cual no resulta excluyente a la desnaturalización, toda vez que concurren en el hecho generador de una relación simulada con la existencia de otra relación encubierta. En tal sentido, se tratan de supuestos que si bien pueden partir de unas conceptualizaciones distintas al ser más comunes en distintas ramas del Derecho, pueden converger en supuestos como los relatados en los hechos del caso.
- La condición de madre trabajadora goza de una protección a nivel local e internacional, lo cual se refleja en instrumentos como la Constitución y Convenios de la OIT. Incluso, a nivel legislativo, una de las manifestaciones más importantes sobreviniente a la estabilidad laboral y la carga probatoria reside en lo dispuesto por la LPCL sobre la existencia de una causal de despido nulo por motivo de embarazo, yendo un poco más allá del supuesto de discriminación por razón de sexo, y la

presunción de nulidad al dirigir el deber de probar que se trata de un despido con causa justa al empleador.

- Es importante que se diferencie de forma adecuada a las distintas tipologías de despido nulo, debido a que pueden conllevar consecuencias perniciosas en la emisión de fallos y resoluciones sobre la materia. El TC, a criterio del autor, si bien presenta una argumentación razonable, se equivoca al terminar por señalar que se trata de un despido discriminatorio por razón de sexo, a pesar de haber abordado en su análisis el embarazo y su carga de notificación documental. No se trata de una confusión terminológica, sino que presenta efectos jurídicos en grandes instituciones como la carga de la prueba, en razón de que el despido discriminatorio por razón de sexo (entre otras razones) se adscribe a la regla general procesal laboral consistente en probar lo alegado, aspecto distinto en el despido por razón de embarazo en el que existe una inversión de la carga probatoria a través de una presunción.
- Si bien se comparte la decisión de considerar al contrato como una relación laboral y la reposición de la trabajadora por tratarse de un despido nulo, la sentencia presenta diversas críticas y deficiencias en su desarrollo, así como en la aplicación de los supuestos de despido nulo. Por un lado, parece no cumplirse con la debida motivación en lo relativo a la naturaleza del vínculo jurídico de las partes; y, por otro lado, existe una inobservancia de la regulación existente sobre el despido nulo por motivo de embarazo, generando una situación de confusión e indefensión en futuros pronunciamientos, principalmente bajo la óptica procesal.

4. Bibliografía

Ataca, M. (2021). Procedencia de la acción de amparo ante despidos nulos. *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (7), 181-202.

<https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem7-181-208.pdf>

Boza, G. & Briones, J. (2021). Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de las plataformas digitales. *Revista Laborem*, (24), 55-86.

<https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem24-04.pdf>

Código Sustantivo de Trabajo – Colombia.

Constitución Política del Perú (1993).

Corte Suprema (2005). Casación del Expediente 275-2005-Arequipa.

Corte Suprema (s/f). Casación del Expediente 4957-2011-La Libertad.

Corte Suprema (2016). Casación del Expediente 15690-2015-Lima Norte.

Corte Suprema (2017). Casación del Expediente 18623-2015-Huánuco.

Corte Suprema (2019). Casación del Expediente 4458-2017-Junín.

Ferro, V. (2019). *Derecho individual del trabajo*. Fondo Editorial PUCP.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170697/41%20Derecho%20Individual%20del%20trabajo%20en%20el%20Per%C3%BA%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ley de Productividad y Competitividad Laboral – Perú.

Neves, J. (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial PUCP.

Neves, J. (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral. *Themis*, (67), 227-232.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14470/15082>

Nueva Ley Procesal del Trabajo (2010).

Organización Internacional del Trabajo (2006). Recomendación 198. Recomendación sobre la relación de trabajo.

Organización Internacional del Trabajo (2000). Convenio 183. Convenio sobre la protección de la maternidad.

Organización Internacional del Trabajo (1982). Convenio 158. Convenio sobre la terminación de la relación laboral.

Pérez-Prieto, R. & Priori, G. (2012). La carga de la prueba en el proceso laboral. *IUS ET VERITAS*, 22 (45), 334-345.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12007>

Pleno I jurisprudencial supremo en materia laboral (2012).

Tribunal Constitucional (2002). Sentencia del Expediente 1124-2001-AA – Caso Telefónica.

Tribunal Constitucional (2003). Sentencia del Expediente 976-2001-AA – Caso Llanos Huasco.

Tribunal Constitucional (2005). Sentencia del Expediente 0206-2005-PA – Caso Baylón Flores.

Tribunal Constitucional (2008). Sentencia del Expediente 05652-2007-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2019). Sentencia del Expediente 18-2016-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2021). Sentencia del Expediente 01157-2019-PA/TC.

Torres, A. (29 de septiembre de 2021). Nulidad y anulabilidad del acto jurídico, explicada por Aníbal Torres Vásquez. *Pasión por el Derecho*.

<https://lpderecho.pe/nulidad-anulabilidad-acto-juridico/#:~:text=El%20acto%20anulable%2C%20mientras%20no.con%20la%20causal%20de%20anulabilidad.>

Toyama, J. (2012). Validez y eficacia del contrato de trabajo. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (68), 449-469.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2842>

Toyama, J. & Neyra, C. (2016). Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo. *IUS ET VERITAS*, (52), 232-257.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16383/16787>

Vílchez, L. (2008). Desnaturalización del contrato de trabajo. *IUS ET VERITAS*, 18 (36), 366-384.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12266>





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05652-2007-PA/TC
LIMA
ROSA BETHZABÉ GAMBINI VIDAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 183, su fecha 11 de junio de 2007, que declara fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de octubre de 2004 la recurrente interpone demanda de amparo contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), solicitando que se deje sin efecto el despido discriminatorio del que habría sido objeto; y que en consecuencia se ordene su reposición en su puesto de trabajo, con el abono de las remuneraciones dejadas de percibir. Manifiesta haber ingresado a laborar en la SBLM como apoderada judicial de la Oficina de Asesoría Jurídica mediante contratos de servicios no personales, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 24 de mayo de 2004, por lo que al haber acumulado más de 1 año de servicios ininterrumpidos le resulta aplicable la Ley N.º 24041. Alega que ha sido objeto de despido discriminatorio por razón de sexo, debido a que se encuentra embarazada; hecho éste que había comunicado a la SBLM.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social contesta la demanda manifestando que la demandante no ha sido despedida discriminatoriamente, sino que con fecha 30 de junio de 2004 venció el plazo de duración de su contrato de servicios no personales; razón por la cual su relación se extinguió. Agrega que la Ley N.º 24041 no es aplicable a la demandante, porque no ingresó a la carrera administrativa mediante concurso público conforme lo establece el Decreto Legislativo N.º 276.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de prescripción, y contesta la demanda señalando que no conocía la situación de embarazo de la demandante. Agrega que la demandante fue contratada mediante contratos de servicios no personales, por lo que no le es aplicable la Ley N.º 24041.

El Quincuagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, en el extremo que solicita la reposición de la demandante, por considerar que en autos se encuentra acreditado que ésta fue contratada para realizar labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido, resultando de aplicación el Art. 1 de la Ley N.º 24041; e infundada en el extremo que solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

La recurrida, revocando la apelada, declaró fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda, por estimar que la demandante interpuso la demanda cuando el plazo establecido en el Art. 44 del Código Procesal Constitucional había transcurrido en exceso.

FUNDAMENTOS

1. Procedencia de la demanda

1. Antes de ingresar al fondo de la controversia, es preciso determinar si la demanda fue interpuesta dentro del plazo establecido en el Art. 44 del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), debido a que en el inciso 10) del Art. 5 se establece que no proceden los procesos constitucionales cuando “[h]a vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus”.
2. Sobre el particular debe tenerse presente que el supuesto despido de la demandante se ejecutó el 21 de mayo de 2004, es decir, que a partir de dicha fecha se debe comenzar a computar el plazo de prescripción para interponer la presente demanda. Debe señalarse que el cómputo del plazo de prescripción se suspendió el 17 de junio y desde el 14 de julio hasta el 10 de setiembre de 2004, por la huelga de los trabajadores del Poder Judicial. Siendo ello así, a la fecha de interposición de la presente demanda, esto es, al 13 de octubre de 2004, no había transcurrido en exceso el plazo de prescripción previsto en el Art. 44 del CPCConst., por lo que la excepción de prescripción propuesta deviene en infundada.
3. De otra parte es necesario establecer cuál es el régimen laboral al cual habría estado sujeta la demandante, a efectos de poder determinar la competencia de este Tribunal para conocer la controversia planteada. Al respecto, cabe señalar que de los alegatos de las partes y de las pruebas obrantes en autos, queda demostrado que la recurrente ingresó en la SBLM cuando ya se encontraba vigente la Tercera Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley N.º 26918, que estipula que los trabajadores de las Sociedades de Beneficencia Pública están sujetos al régimen laboral de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

actividad privada; razón por la cual a la demandante no le es aplicable la Ley N.º 24041.

4. Sin embargo, en aplicación del principio *iura novit curia*, establecido en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal tiene el deber de identificar la norma jurídica que sirve de fundamento a la pretensión solicitada, aun cuando ésta no se encuentre expresamente invocada en la demanda. En efecto, corresponde a este Tribunal subsanar el error de derecho cometido por la demandante en el extremo que pretende su reposición en aplicación de la Ley N.º 24041, ya que estuvo sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

1.1. Delimitación del petitorio y de las materias controvertidas

5. La demandante pretende que se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando por cuanto ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo. Alega que la SBLM ha utilizado la terminación del plazo del contrato para encubrir un despido discriminatorio por razones de género y cuya verdadera razón es el hecho de estar embarazada, lo cual vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocido en el Art. 2, inciso 2) de la Constitución.

Asimismo argumenta que los contratos civiles suscritos con la SBLM encubrían, en realidad, una relación laboral caracterizada por la subordinación y dependencia con la que ha prestado sus labores, por lo que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, concluye en que la relación que mantuvo con la SBLM se convirtió en una relación laboral de naturaleza indeterminada.

6. Por su parte la SBLM manifiesta que la demandante ingresó a prestar servicios mediante contratos de servicios no personales, por lo que no ha podido ser despedida discriminatoriamente. Asimismo refiere que desconocía que la demandante estaba embarazada y que la extinción de la relación se produjo en forma automática al haberse cumplido el plazo de duración del último contrato.
7. Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por las partes y en atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N.º 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante, este Tribunal considera que, en el presente caso, corresponde evaluar si la demandante ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo.
8. Debe precisarse al respecto que el pronunciamiento que se vertirá en primer lugar, se circunscribirá en determinar qué tipo de relación hubo entre la demandante y la SBLM, esto es, si hubo una relación laboral encubierta o una verdadera relación civil, para efectos de aplicar el principio de primacía de la realidad y, a partir de allí, considerar los contratos civiles como contratos de trabajo de duración indeterminada. En segundo lugar, si se determina que entre las partes hubo una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

relación laboral, corresponderá analizar si la demandante ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo al encontrarse embarazada, ya que sólo podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

9. Pues bien, teniendo presente que la cuestión que se plantea en el presente proceso de amparo consiste en determinar la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo, motivado por el embarazo y consiguiente maternidad de la recurrente, este Tribunal Constitucional considera necesario abordar las siguientes materias:
- a. La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
 - b. La igualdad y obligación de no discriminación.
 - c. La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos.
 - d. La discriminación y la igualdad en materia laboral.
 - e. La discriminación por razón de sexo: el embarazo.

La discriminación contra la mujer es un fenómeno social que aún pervive en las sociedades, lo cual genera una vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación por ninguna razón, motivo o circunstancia. En lo que al caso incumbe cabe enfatizar que la discriminación basada en el sexo constituye una forma de violencia contra la mujer que vulnera el derecho a la integridad; y que, sin duda, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es un asunto de trascendencia social así como una obligación internacional del Estado.

2. La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

10. La igualdad de derechos de hombres y mujeres es un principio de las Naciones Unidas. Así, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece, entre los objetivos básicos, el de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. Además, en el Art. 1 de la Carta se proclama que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.
11. Sobre la base de la igualdad de derechos de todo ser humano y del principio de dignidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 2, proclama que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12. De manera similar, el Art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
13. De este modo, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe una cláusula general de igualdad de derechos de hombres y mujeres, y una cláusula que contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación lo que constituye una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a grupos de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona humana.
14. Estos principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, han sido interpretados y aplicados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU. A la luz de este ordenamiento supranacional, este Tribunal Constitucional puede afirmar que la igualdad de los hombres y de las mujeres, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas del Derecho Internacional (*Ius Cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el Art. 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969.

2.1. La igualdad y la obligación de no discriminación

15. La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
16. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

Las Naciones Unidas han definido la discriminación como toda "distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹.

A su vez, el derecho a ser tratado igual ante la ley, consiste en evitar que a una persona se le limite cualquier otro de sus derechos, por los motivos antes mencionados o por otros, de manera injustificada, mientras que el derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique.

17. La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. En tanto derecho implica una exigencia de ser tratado de igual modo respecto a quienes se encuentran en una idéntica situación, debido a que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de la dignidad y naturaleza de la persona humana.
18. Cabe destacar que la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio. De esta forma, la igualdad de las personas incluye: (i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.
19. Sin embargo, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. El derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada.
20. Teniendo en cuenta lo señalado, puede concluirse que no todo trato desigual ante la ley es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta no debe ser justificada objetivamente. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio,

¹ Comité de Derechos Humanos de la ONU. Observación General N° 18: No discriminación, párrafo 7.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana².

21. En conclusión, la prohibición de discriminación es una obligación general de los Estados en materia de derechos humanos, que les impide privar el goce o el ejercicio de los derechos humanos a personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, ya sea por motivos de origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

3. La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos

22. La protección de la igualdad de derechos de la mujer ha sido ampliada y reforzada con la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque a pesar de la existencia de otros instrumentos internacionales que favorecen la igualdad de derechos, las mujeres siguen siendo discriminadas en todas las sociedades.

23. Según el Art. 1 de la CEDM la expresión “discriminación contra la mujer” comprende “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

24. Para el caso que nos ocupa, esta Convención reafirma que la discriminación contra la mujer comprende toda distinción de trato por razón de sexo que: (i) con intención o sin ella sea desfavorable para la mujer; (ii) sea un obstáculo para que la sociedad en su conjunto reconozca los derechos humanos de la mujer en la esfera pública y en la esfera privada; o (iii) sea un obstáculo para que las mujeres gocen y ejerzan plenamente todos sus derechos humanos.

25. De la definición de discriminación contra la mujer de la CEDM puede deducirse que cubre tanto la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad de facto). Asimismo, puede deducirse que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: a) intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; b) impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública; o, c) impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que son titulares.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Serie A, N.º 4, párr. 56.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

26. De otra parte conviene destacar que en el Art. 4 de la CEDM se reconoce que la igualdad jurídica de la mujer no garantiza automáticamente su trato en igualdad de condiciones, por lo que para acelerar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, los Estados pueden aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades.
27. En el caso de las mujeres las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 0001/0003-2003-AI/TC, ha destacado que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”.
28. En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ciertas desigualdades de hecho “legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia”. Ello debido a que “pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”³.
29. Por lo tanto, la prohibición internacional de discriminación basada en el sexo busca promover la igualdad real de las mujeres. Acorde con este propósito, el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer o para remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad; de dar a las mujeres oportunidades de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación; de tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación tanto en la esfera pública como en el ámbito privado; y de adoptar medidas de acción positiva para acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer.

3.1. Los derechos humanos de la mujer

30. Cuando se utiliza la expresión “derechos humanos de la mujer” se está haciendo referencia, de forma enunciativa, a los derechos humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Política.
31. Con este reconocimiento específico de derechos humanos se procura eliminar la discriminación contra la mujer en la vida económica, social, política y pública de los países. Entre ellos cabe destacar algunos derechos humanos reconocidos a las mujeres en el CEDM. Así se tiene:

³ *Ibidem.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a. El derecho a votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas (Art. 7.a).
- b. El derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales (Art. 7.b).
- c. El derecho a participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país (Art. 7.c).
- d. La igualdad de condiciones para representar a su gobierno en el plano internacional y para participar en la labor de las organizaciones internacionales (Art. 8).
- e. La igualdad de derechos que los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad (Art. 9.1).
- f. La igualdad de derechos que los hombres en la esfera de la educación (Art. 10).
- g. Los derechos al trabajo, a las mismas oportunidades de empleo, a elegir libremente profesión y empleo, al ascenso, a la estabilidad en el empleo, a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, a la formación profesional, al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico, a la igual remuneración, inclusive prestaciones, y a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a la igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo (Art. 11.1. a, b, c y d).
- h. Los derechos a la protección de la salud, a la seguridad en las condiciones de trabajo, a la seguridad social y a las vacaciones pagadas (Art. 11.1. e y f).
- i. Los derechos a prestaciones familiares, a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero y a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida (Art. 13).
- j. El derecho a una idéntica capacidad jurídica en materias civiles (Art. 15.2).
- k. El derecho al igual acceso a los recursos judiciales, que comprende el trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes y los tribunales (Art. 15.2).
- l. El derecho a circular libremente y la libertad para elegir su residencia y domicilio (Art. 15.4).
- m. El derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento (Art. 16.a y b).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- n. Los mismos derechos y responsabilidades que los hombres durante el matrimonio y con ocasión de su disolución y como progenitores, cualquiera que sea su estado civil (Art. 16.c y d).
- o. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (Art. 16.e).

3.2. Las obligaciones del Estado para eliminar la discriminación contra la mujer

32. Según el Art. 2 de la CEDM, los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a. Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
- b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.
- c. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.
- d. Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.
- e. Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.
- f. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.
- g. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

33. Entre las medidas que el Estado peruano ha adoptado para eliminar la discriminación, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado, cabe destacar las siguientes:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a. La Ley N.º 27270, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de mayo de 2000, que incorpora el Capítulo IV al Título XIV-A del Código Penal, y que tipifica en el Art. 323 a la discriminación como delito. Asimismo, la ley referida modificó la Ley N.º 27270, estableciendo que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa “no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato”.
- b. La Ley N.º 27387, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2000, que modificó el Art. 116 de la Ley N.º 26859, Orgánica de Elecciones, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30%.
- c. La Ley N.º 27680, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de marzo de 2002, que reforma el Capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política para incluir en las normas sobre las Elecciones Regionales y Municipales una cuota especial de representación por género.
- d. La Ley N.º 27683, de Elecciones Regionales, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2002, que establece que las listas de candidatos deben estar conformadas por no menos de un 30% de hombres o mujeres.
- e. La Ley N.º 27734, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de mayo de 2002, que modificó el Art. 10.º de la Ley N.º 26864, de Elecciones Municipales, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30% o más para acceder al Congreso.
- f. La Ley N.º 28094, de Partidos Políticos, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de noviembre de 2003, que estatuye que en las listas de candidatos para cargos de dirección del partido político así como para los candidatos a cargos de elección popular, el número de mujeres u hombres no puede ser inferior al 30% del total de candidatos.
- g. El Decreto Supremo N.º 009-2005-MIMDES, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 15 de setiembre de 2005, que aprobó el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006-2010.
- h. El Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010, adoptado a través del Decreto Supremo N.º 017-2005-JUS del 11 de diciembre de 2005, en el cual se establece acciones y metas completas para el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las mujeres.
- i. La Ley N.º 28983, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de marzo de 2007, que constituye una norma de desarrollo constitucional del derecho a la igualdad reconocido en el Art. 2, inciso 2) de la Constitución, y que tiene por objeto establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, y propendiendo a la plena igualdad.

- j. El Decreto Supremo N.º 004-2008-MIMDES, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2008, que precisa que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución Política y de la ley relativa a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

4. La igualdad y la discriminación en materia laboral

34. El inciso 1), del Art. 26 de la Constitución Política reconoce que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Es evidente que el reconocimiento constitucional de dicho principio laboral constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales.
35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 008-2005-PI/TC, ha señalado 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.
36. La discriminación en el entorno laboral es un fenómeno social cotidiano y universal que provoca desigualdades entre las personas y genera desventajas sociales y económicas que debilitan la cohesión y la solidaridad sociales. Por ello, la erradicación de la discriminación laboral tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.
37. En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.
38. La igualdad en el trabajo ha sido un tema recurrente en las normas internacionales del trabajo que adopta y promueve la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Así, en la Declaración de Filadelfia, se reconoce que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

En igual sentido, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, se reiteró el principio constitucional de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, confirmándose así el propósito universal de erradicar la discriminación en el mundo del trabajo mediante la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades.

Entre los primeros instrumentos elaborados por la OIT con el objetivo específico de promover la igualdad y eliminar la discriminación en el trabajo se encuentran el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, así como el Convenio y la Recomendación 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.

4.1. La discriminación laboral y sus clases

39. En el apartado a), del Art. 1.1 del Convenio 111 se define la discriminación laboral como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.
40. La protección contra la discriminación en el empleo y la ocupación es aplicable a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados, y abarca el acceso a la educación, la orientación y la formación profesionales; el acceso al trabajo ya sea por cuenta propia, asalariado o en la administración pública; el acceso a los servicios de colocación o tercerización; el acceso a las organizaciones de trabajadores; la promoción profesional; la seguridad del empleo; la negociación colectiva; la igualdad de remuneración por trabajos de igual valor; el acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; y otras condiciones laborales, incluidas la seguridad y la salud en el trabajo, las horas de trabajo, los periodos de descanso y las vacaciones.
41. La discriminación laboral consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, entre otros motivos, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate. De este modo, la discriminación vulnera la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran (libertad de trabajo) y menoscaba las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial y sus aptitudes y cualidades, a efectos de ser remunerados en función de sus méritos.

La discriminación laboral también puede venir agravada por la violencia (física o psicológica), u ofensas brutales y malos tratos, el acoso moral, o el acoso sexual ejercidos contra ciertas categorías de trabajadores, como es el caso de las mujeres.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En consecuencia, puede influir en la capacidad de la víctima para conservar el puesto de trabajo o progresar en él.

42. La discriminación laboral puede manifestarse cuando se busca un trabajo, en el empleo o al dejar éste. Las personas pueden ser excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo por motivos de raza, sexo, religión u orientación sexual, entre otros motivos, o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente. Por ejemplo, hay discriminación laboral cuando a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo político minoritario, se le deniega un empleo, o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de su afiliación sindical.

43. Sin embargo, no todas las distinciones de trato han de considerarse discriminatorias. Según el Art. 1.2 del Convenio 111 un trato diferenciado que tenga su origen en las cualificaciones exigidas para un puesto de trabajo es una práctica perfectamente legítima. Por lo tanto, en este contexto, mientras no se restrinja la igualdad de oportunidades, las diferencias de trato no se considerarán discriminatorias.

Asimismo, entre las medidas que no constituyen discriminación laboral cabe mencionar aquellas destinadas a salvaguardar la seguridad del Estado y las motivadas por imperativos especiales de protección, esto es, aquellas dirigidas a atender necesidades específicas en el ámbito de la salud de hombres o mujeres.

Tampoco son discriminatorias las medidas especiales que conllevan un trato diferenciado para quienes tienen necesidades particulares por razones de género, o de discapacidad mental, sensorial o física.

44. 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. Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o complejión física, es una forma de discriminación directa.

45. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente 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, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

También puede haber discriminación indirecta cuando se dispensa un trato diferenciado a categorías específicas de trabajadores, traducida en menores prestaciones sociales o remuneraciones, siempre que éste no se realice sobre bases objetivas y razonables.

46. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación se encuentra reconocida tanto en el régimen laboral que regula la actividad pública como en el régimen laboral que regula la actividad privada. Así, el inciso a), del Art. 24 del Decreto Legislativo N.º 276 establece que son derechos de los servidores públicos de carrera hacer “carrera pública en base al mérito, sin discriminación política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole”. En cambio, el Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR sanciona con nulidad el despido que tenga una justificación discriminatoria.

4.2. La discriminación laboral por razón de sexo: el embarazo

47. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.
48. De este modo, en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de sexo.
49. 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 también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.
50. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del Art. 2 de la Constitución Política.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

51. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.
52. Por ello, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.
53. En este sentido, el apartado d), del Art. 5 del Convenio 158 prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. De otra parte, según el Art. 4.1 de la Recomendación 95, el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico.
54. Asimismo debe tenerse presente que el Art. 11.1.2 de la CEDM establece que la mujer debe estar protegida en el trabajo frente a la discriminación basada en la maternidad. De ahí que el Estado peruano haya asumido las obligaciones de prohibir a los empleadores utilizar el embarazo como criterio para la contratación o el despido de empleadas, y de adoptar todas las medidas necesarias para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo, concediéndoles prestaciones como la licencia de maternidad remunerada, subsidios para el cuidado de los hijos y una protección especial de la salud durante el embarazo.
55. Por lo tanto, sobre la base del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, puede concluirse que la mujer embarazada está protegida contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo. Es más, el inciso e) del Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR prescribe que el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período 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.
56. De otra parte conviene señalar que cuando se sostenga que se es objeto de una conducta discriminatoria, debe acreditarse la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, para lo cual se requiere, por lo menos, la prueba indiciaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. Análisis de la controversia

57. Teniendo en consideración los criterios expuestos se analiza a continuación, la cuestión planteada en el presente proceso de amparo. Para ello debe tenerse presente que mediante el principio de primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.
58. En el presente caso con los contratos obrantes en autos se advierte que la demandante suscribió contratos de servicios no personales con la SBLM para que preste sus servicios desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 30 de mayo de 2004; esto es, para que preste servicios sin estar subordinada, por cierto tiempo o para un trabajado determinado, a cambio de una retribución; sin embargo, con el Memorándum Múltiple N.º 043-2004-OGAF/SBLM, de fecha 12 de mayo de 2004, obrante a fojas 8, se acredita que la SBLM le impartía órdenes, ya que mediante este documento le recordó cuál era su horario de refrigerio y que en caso de incumplimiento sería excluida de la SBLM.
59. Por lo tanto, habiéndose determinado que la demandante —al margen de lo consignado en el texto de los contratos de servicios no personales suscritos— ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que la SBLM, al haber despedido a la demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.
60. Sin perjuicio de la conclusión antedicha, este Tribunal considera que la SBLM también ha vulnerado el derecho a la igualdad de la demandante, pues se advierte claramente que ha sido objeto de un despido discriminatorio directo por razón de sexo. Ello queda probado con las cartas obrantes a fojas 6 y 16, mediante las cuales la demandante le comunicó a la SBLM que se encontraba embarazada; y ésta, a pesar de conocer su estado grávido, decidió despedirla bajo el argumento de que el plazo de su contrato había vencido.
61. En lo que respecta al extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, al tener tal pretensión naturaleza resarcitoria y no restitutoria, el proceso de amparo no resulta ser la vía idónea para reclamarlo, razón por la cual queda a salvo el derecho de la demandante de acudir a la vía correspondiente.
62. Habiéndose acreditado que la SBLM vulneró el derecho constitucional al trabajo de la demandante, corresponde, de conformidad con el Art. 56 del Código Procesal Constitucional, ordenar que asuma los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05652-2007-PA/TC
LIMA
ROSA BETHZABÉ GAMBINI VIDAL

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


HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
3. Ordenar que la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana reincorpore a doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal como trabajadora en el cargo que desempeñaba o en otro de similar nivel o categoría, en el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas prescritas en el Art. 22 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda en que se solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA



7 = 5/11

Lo que certifico:



Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR