

La reposición laboral a plazo indeterminado en el sector privado debido a un despido por embarazo

Comentarios a la STC Exp. N° 02392-2021-PA/TC

Employment replacement for an indefinite term in the private sector due to dismissal due to pregnancy

Comments to the STC File N° 02392-2021-PA/TC

Roberto Carlos VÍLCHEZ SÁNCHEZ*

Leslie Máxima ANYOSA LOPEZ**

Resumen: Los autores analizan la STC Exp. N° 02392-2021-PA/TC, en la cual se declara fundada la demanda de amparo interpuesta por una extrabajadora que no había sido renovada contractualmente por su estado de gestación. A propósito de dicha sentencia, se aborda la protección normativa nacional e internacional y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la protección de la trabajadora gestante. Finalmente, en concordancia con la sentencia, se advierte la desnaturalización del contrato y el despido nulo por motivo del embarazo de la demandante.

Abstract: *The author analyzes STC Exp. N° 02392-2021-PA/TC, in which the amparo claim filed by a former worker who had not been contractually renewed because she was pregnant was declared well founded. With regard to said sentence, the author addresses the national and international regulatory protection and the pronouncements of the Constitutional Court on the protection of the pregnant worker. Finally, the author, in accordance with the judgment, warns of the distortion of the contract and the invalid dismissal due to the plaintiff's pregnancy.*

Palabras clave: Derecho al trabajo / Despido de mujer embarazada / Reposición laboral / Desnaturalización

Keywords: *Right to work / Dismissal of pregnant woman / Job reinstatement / Denaturation*

Recibido: 15/08/2023

Aprobado: 23/10/2023

* Abogado por la Universidad de Lima y egresado de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres. Máster en Dirección Estratégica de Personas y Gestión del Talento Organizacional por la Universidad de Salamanca. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur.

** Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur.

I. INTRODUCCIÓN

Por medio de la sentencia, de fecha 9 de mayo de 2023, contenida en el expediente N° 02392-2021-PA/TC, el Pleno del Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda de amparo interpuesta por una extrabajadora que alegó que el término de su contrato laboral y su no renovación se debió a su estado de gestación, vulnerando de esta manera sus derechos constitucionales al trabajo, a la no discriminación y a la estabilidad laboral. Por consiguiente, mediante su demanda solicitó la reposición en el cargo que venía desempeñando.

Referente a ello, en el presente artículo desarrollaremos una breve reseña sobre la protección que brinda la normativa nacional e internacional a las trabajadoras que son madres o se encuentran en proceso de gestación, así como también mencionaremos bajo qué condiciones no es aplicable el despido a una mujer embarazada. De igual modo, analizaremos la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional y los fundamentos utilizados para resolver dicha controversia.

II. LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MADRE Y MUJER GESTANTE EN EL ÁMBITO LABORAL

En el ámbito laboral mediante la legislación, sea nacional o internacional, se busca reducir las desigualdades que puedan existir entre los trabajadores, especialmente al tratarse de mujeres que ejercen la maternidad y al mismo tiempo se desenvuelven en el campo de trabajo. En torno a ello, Arévalo (2017) expone:

En el Perú como en otros Estados se ha dictado una legislación protectora

de la maternidad en el trabajo a efectos de proteger [sic] la salud de la madre que trabaja y de su hijo concebido o recién nacido; garantizándole la conservación de su empleo y facilitando la continuación de sus labores dentro de su centro de trabajo. Estas medidas protectoras buscan que la mujer preserve energías con el fin de que no se vea afectada su labor como trabajadora ni como madre. (p. 14)

Es por esa razón que la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio sobre la protección de la maternidad 2000, N° 183, el 15 de junio de 2000 (en adelante, Convenio 183 de la OIT), el cual según la mencionada organización nace de las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995), la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como “los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981”, así como la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como responsabilidad compartida de gobierno y sociedad.

En el Convenio hace mención, entre otros, a la protección de la salud, la licencia de maternidad, licencia en caso de enfermedades o de complicaciones, a las prestaciones pecuniarias, a la protección del empleo y no discriminación, así como a las madres lactantes, entre otros.

En cuanto a su vigencia en nuestro país, el numeral 1 del artículo 15 del Convenio 183 de la OIT establece que todo país miembro que ratifique el Convenio se verá obligado a adoptar las medidas que este disponga. Es así que mediante la Resolución Legislativa N° 30312, de fecha 21 de marzo de 2015, publicada al día siguiente en el diario oficial *El Peruano*, el Perú aprobó el Convenio 183 de la OIT adoptando su finalidad y disposiciones en la normativa nacional conforme con el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional”. De ahí que, para nuestro país, tal Convenio mantiene vigencia desde el 9 de mayo de 2016.

Por otro lado, la finalidad del Convenio 183 de la OIT se asemeja con lo previsto en el artículo 23 de la Constitución, el cual reconoce que es deber del Estado proteger especialmente a la madre dentro del ámbito laboral, catalogándola en una situación de vulnerabilidad, como lo señaló el Pleno del Tribunal Constitucional a través de la sentencia, de fecha 5 de marzo de 2019, en el expediente N° 01272-2017-PA/TC.

(...) el deber del Estado, en general (y de las cortes o tribunales constitucionales, en particular), es mayor con respecto a las personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad o desventaja. En lo que

conciene al caso de autos, la Constitución prevé expresamente que el Estado protege a la familia, y considera a los niños y las madres como sujetos merecedores de una especial protección (artículo 4). Inclusive, señala expresamente el Estado “protege especialmente a la madre (...) que trabaja” (artículo 23). (f. j. 4)

Sobre la protección especial que brinda el Estado a la mujer en el ámbito laboral, Landa (2014) sostiene que tiene como finalidad “(...) (i) encontrar niveles de igualdad plenos para un sector de la sociedad discriminada históricamente, así como de (ii) brindar igualdad sustancial, material o de hechos en los resultados” (p. 225).

Un ejemplo relevante y reiterado en la jurisprudencia peruana sobre este tipo de protección es el despido a la gestante, para lo cual se cita al artículo 8 del Convenio 183 de la OIT, que indica lo siguiente:

1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.
2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

De dicho artículo se desprende que el empleador tiene prohibido despedir a una mujer por motivos relacionados con la maternidad o el embarazo. Respecto a ello, el Pleno del Tribunal Constitucional mediante la sentencia, de fecha 1 de julio de 2021, contenida en el Expediente N° 00932-2019-PA/TC, señala lo siguiente:

(...) de acuerdo con la legislación comparada, los casos en los que se puede invocar de manera legítima el despido, aun dentro del periodo de protección que establece el Convenio 183 son, a modo de ejemplo, los siguientes: a) falta grave, negligencia grave o infracción de la disciplina laboral; b) ingreso en prisión; c) trabajo para otra empresa durante el periodo de licencia; etc.

III. DESARROLLO DEL CASO

La señora Verónica Antonella Medina Castillo interpuso una demanda sobre proceso constitucional de amparo contra BHDC PERÚ S. A. C., empresa para la cual trabajó desde el 13 de diciembre de 2017 hasta el 12 de setiembre de 2018, renovando su contrato laboral cada 3 meses bajo la modalidad de servicio específico. Señaló que el 12 de setiembre de 2018 se le comunicó el término de su contrato y su no renovación sin previo aviso, por lo cual alegó que ello se debió a su estado de gestación, pues indicó que desde que dio a conocer de su condición de gestante a su empleador recibió un trato diferenciado. Es por esa razón que mediante su demanda solicitó la reposición en el cargo y nivel que venía ostentando.

Respecto a la demanda, el Juzgado Civil Permanente de Talara de la Corte Superior

de Justicia de Sullana, en primera instancia, señaló que según lo dispuesto por el artículo 63 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, los contratos de trabajo sujetos a modalidad presentan en su contenido el objeto de su contratación y la duración determinada; por consiguiente, al tratarse de un contrato para servicio específico la demandante desde el 11 de junio de 2018 tenía el pleno conocimiento que el vínculo laboral persistiría hasta el 12 de setiembre de 2018. Asimismo, sostuvo que su empleador no tenía la obligación de comunicarle nuevamente sobre el fin de su contrato, esto a razón de la cláusula octava del mismo, el cual advierte: “queda entendido que el empleador no está obligado a dar aviso alguno adicional referente al término del presente contrato, operando su extinción en la fecha de su vencimiento conforme a la cláusula tercera, oportunidad en la cual se abonará a el trabajador los beneficios sociales que le pudieran corresponder de acuerdo a la ley”. Relacionado a ello, el juez consideró que la justificación por inasistencia que realizó la demandante presentando un certificado médico que reconoce su estado de gestación el 18 de agosto de 2018 y que esta comunicación se haya formalizado el 11 de setiembre del mismo año mediante correo electrónico remitido al área correspondiente de la empresa, no afecta la convicción sobre la duración del contrato a plazo determinado ni tampoco configura como un hecho discriminatorio debido a su condición.

Por lo tanto, bajo los fundamentos que no existe duda sobre la temporalidad de los contratos específicos y el considerar la discriminación debido al embarazo de la

demandante como una afirmación subjetiva al no recaudar pruebas que acrediten los hechos, el juez del Juzgado Civil Permanente de Talara declaró infundada la demanda de amparo.

Por tal motivo, la recurrente interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia, obteniendo como resultado que la Sala Civil de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Sullana confirme la sentencia apelada, la cual declaró infundada la demanda interpuesta por Verónica Antonella Medina Castillo contra BHDC PERÚ S. A. C.

Para tal decisión, la Sala Civil de Sullana indicó que el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad constituye una legítima causal de extinción del vínculo laboral, conforme al literal c) del artículo 16 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR y, además, reafirmó que la demandante tuvo pleno conocimiento sobre la conclusión de su contrato el 12 de setiembre de 2018 y, por ende, no se vulneraron derechos laborales como consecuencia de su condición de gestante.

Adicionalmente, la sala hizo referencia al Convenio 183 de la OIT, normativa internacional ratificada por el Perú que protege a la madre trabajadora, sosteniendo que para aplicar dicha normativa se requiere de un mínimo de actividad probatoria que acredite que el empleador conocía con antelación del estado de gestación de la trabajadora, hechos que, según señala, no fueron aportados al caso.

Ante dicho pronunciamiento, Verónica Antonella Medina Castillo acudió

al Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional solicitando que se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando, alegando que la culminación de su contrato se debió a su embarazo, lo cual afecta sus derechos constitucionales al trabajo, a la no discriminación y estabilidad laboral.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resolvió declarando fundada la demanda reconociendo la vulneración de los derechos al trabajo y a la igualdad, y como consecuencia de ello, la existencia de un despido nulo, ordenando a la empresa demandada a que reponga a la demandante en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar nivel o categoría, así como también el pago de las remuneraciones devengadas desde el 12 de setiembre de 2018 hasta la fecha de su reposición, con la deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

IV. ANÁLISIS DEL CASO

Enfocándonos en la decisión última del Tribunal Constitucional respecto al caso presentado es importante mencionar tres aspectos imprescindibles que fueron utilizados al momento de resolver la controversia.

1. Sobre la discriminación a la gestante

Mediante la sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce:

[L]as mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que, por tanto, merecen una protección reforzada, de tal forma que sus derechos en el

ámbito laboral no se vean vulnerados. (f. j .8)

Asimismo, se hace mención del artículo 23 de la Constitución Política del Perú, el cual expresa que “[e]l trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (...)”, concluyendo que es obligación del Estado proteger de manera especial a dicho grupo vulnerable en situación de maternidad según lo dispuesto por la Constitución.

Por otro lado, también se consideró necesario para resolver el caso el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución del cual desprende que “(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” e igualmente el numeral 1 del artículo 21 de la carta magna, el cual se refiere a la igualdad de oportunidades sin ser discriminado.

Entonces, bajo dichas normas, la discriminación en el ámbito laboral puede entenderse como el rechazar al trabajador por razones como su origen, sexo, raza, entre otros más, evidenciándose a través del trato distinto.

2. Sobre la desnaturalización del contrato a plazo determinado

Todo contrato de trabajo bajo modalidad requiere del cumplimiento de requisitos formales para su validez, entonces para resolver dicha cuestión se invoca al artículo 72 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual señala:

“No puede despedirse a una mujer gestante por no haber comunicado oportunamente su condición a su empleador, pues basta con que demuestre que se encuentra gestando para que opere el ‘fuero maternal’.”

Artículo 72.- Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

Bajo este precepto, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta el contrato de trabajo bajo modalidad que dio inicio a la relación laboral de la autora con la emplazada y fue celebrado 13 de diciembre de 2017, determinó que no cumple con la causa objetiva para la contratación debido a que de dicho contrato desprenden funciones laborales propias, ordinarias, permanentes y bajo responsabilidad de su empleador, no respetando la naturaleza de la contratación ni justificando la temporalidad de la misma. Consecuencia de ello, se desnaturaliza el contrato conforme al artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR por cumplimiento de la causal contenida en el literal d), el cual se refiere a la desnaturalización debido a la existencia de simulación o fraude a las normas contenidas en el mismo cuerpo normativo.

3. Despido nulo

En la sentencia del Tribunal Constitucional se aclara que el despido nulo se configura por la vulneración de derechos fundamentales, como es el derecho al trabajo y a la igualdad. Asimismo, señala que el despido es nulo si tiene por causa el estado de embarazo (respaldándose de las STCC Exps. N^{os} 00976-2001-PA/TC, 00206-2005-PA/TC y 05652-2007-PA/TC).

De igual modo, se enfatiza que en:

[L]os casos en que, por despido, terminación o no renovación de contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, por hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de una trabajadora embarazada deberá presumirse que se trata de despidos que tienen como causa este estado y, por lo tanto, serán nulos. (f. j. 12)

También se hace mención del Convenio 183 de la OIT, referente a la protección que recibe la mujer embarazada frente al despido debido a la falta de comunicación de su estado de gestación a su empleador, pues el Tribunal Constitucional expresa:

Este convenio establece que esa protección es de carácter objetivo. El artículo octavo prohíbe “al empleador que despida a una mujer que esté embarazada”, es decir que esa prohibición no está condicionada a comunicación alguna: es suficiente que la trabajadora demuestre que se encuentra en estado de gestación para que opere una suerte de “fuero maternal”, que impide al empleador poner fin al contrato de trabajo unilateralmente, sea por el despido como por

la no renovación de un contrato temporal. (f. j. 13)

De lo mencionado se aclara que dicha protección no aplica en casos que el despido no tenga por motivo el embarazo, nacimiento del hijo e inclusive la lactancia. Del mismo modo, expresa que la carga de la prueba sobre los motivos del despido incumbirá en el empleador, pero aun así se señala:

[Q]ueda acreditado que la actora cumplió con informar debidamente a su empleador de su estado de gestación. Es más, del hecho [de] que la actora haya tenido descanso médico y, por lo tanto, no haya asistido a laborar, se desprende que su empleador tenía conocimiento del motivo de sus inasistencias, pues de no haber justificado de manera oportuna el motivo de sus inasistencias por más de 3 días consecutivos, habría incurrido en falta grave. (f. j. 20)

Aquí es preciso indicar que según la información brindada en la sentencia del Tribunal Constitucional, la demandante justificó la inasistencia a sus labores del día 18 de agosto de 2018 con un certificado médico (que indicó *embarazo de seis semanas con amenaza de aborto*); sin embargo, dicha comunicación fue realizada formalmente el día 11 de setiembre de 2019 a su empleador, es decir, un día antes al vencimiento de su contrato de trabajo. Salvo la notoriedad que pueda tener un embarazo de seis semanas, consideramos importante mencionar el deber de buena fe entre las partes en cuanto a la información oportuna que se debe realizar entre ellas.

Por lo tanto, el Tribunal, considerando que el contrato se ha desnaturalizado por los motivos anteriormente expuestos,

la demandante no podía ser despedida sin una causa justa relacionada con su conducta o capacidad, resolviendo que la extinción de la relación laboral de la recurrente por decisión unilateral de su empleador y a falta de causa justa constituye un despido nulo debido a su estado de gestación. A consecuencia de la nulidad, “teniendo en cuenta que los despidos nulos son actos sin eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico, no atribuibles al trabajador, corresponde, en aplicación del principio de igualdad de oportunidades” (f. j. 23), se ordena el pago de las remuneraciones que la demandante dejó de percibir desde el 12 de setiembre de 2018 hasta la fecha de su reposición.

V. CONCLUSIONES

La madre y mujer gestante es parte de un grupo vulnerable dentro de ámbito laboral, por lo tanto, existen normas nacionales e internacionales que velan por su no discriminación, estabilidad laboral y salud, tanto de la madre como del hijo.

El empleador tiene prohibido despedir a una mujer gestante, salvo que el término de la relación laboral no tenga relación con su estado de gestación y su motivo se base en alguna de las causales dispuestas por nuestro ordenamiento jurídico.

No puede despedirse a una mujer gestante por no haber comunicado oportunamente su condición a su empleador, pues basta con que demuestre que se encuentra gestando para que opere el “fuero maternal”, es decir, la protección especial, evitando su despido o trato diferenciado dentro de

su centro de trabajo. Lo que sí debemos resaltar es la oportunidad de la comunicación al empleador en el marco, entre otros, de la buena fe.

Consideramos que el Tribunal Constitucional, a través de la STC Exp. N° 02392-2021-PA/TC, realizó un análisis correcto al determinar la desnaturalización del contrato de la demandante y señalar que su despido fue nulo, ya que este se dio por motivo de su estado de gestación, además consideramos correcto el pronunciamiento con base en el Convenio 183 de la OIT sobre la protección con la que cuentan las mujeres contra el despido si se encuentran en proceso de gestación.

REFERENCIAS

- Arévalo, J. (2017). Protección de la maternidad en el trabajo. *Iuris Omnes, Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*, 19(1), pp. 13-33. <https://csjarequipa.pj.gob.pe/main/wp-content/uploads/2021/05/01.-PROTECCION-DE-LA-MATERNIDAD-EN-EL-TRABAJO.pdf>
- Conferencia General de la Organización Internacional del trabajo. (15 de junio de 2000). *C183 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Landa, C. (2014). El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. *THEMIS Revista de Derecho*, (65), pp. 219-241. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10870/11375>