

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Implicancias de retiro de la confianza para una trabajadora
gestante

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Clotilde Victoria Mendoza Bernal

ASESOR:

Ccantu Stefany Osorio Velarde

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, OSORIO VELARDE, CCANTU STEFANY, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Implicancias de retiro de la confianza para una trabajadora gestante", del autor MENDOZA BERNAL, CLOTILDE VICTORIA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/7/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> OSORIO VELARDE, CCANTU STEFANY	
DNI: 47230190	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0009-0000-8388-4881	

RESUMEN

La resolución elegida para el presente informe permite analizar hechos relacionados a la modalidad de contratación del personal de confianza en el Sector Público y la posible vulneración de derechos fundamentales como el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad y no discriminación de trabajadora gestante.

Para ello, es relevante estudiar la normativa existente en el Perú con respecto a las modalidades y requisitos para ingresar a laborar en el Sector Público en especial en la designación de cargo de confianza. De la misma manera, se debe analizar los argumentos presentados por la jurisprudencia laboral con respecto a esta especial modalidad de contratación “cargo de confianza” relacionada a “trabajadora gestante”.

En la misma medida, es necesario recurrir a los instrumentos internacionales que dan relevancia a la protección de los derechos de la mujer en campo laboral y proscriben todo acto que vulnere derechos fundamentales, por lo cual, exigen a los Estados miembros el deber de garantizar la especial situación de madre trabajadora en una posible situación de vulneración de derechos fundamentales como el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad y no discriminación.

Finalmente, concluimos si se cumplió la normativa que exige el acceso y designación del cargo de confianza en el Sector Público y si el empleador tuvo motivo distinto al estado de gestación de la trabajadora para el término de la relación laboral.

Palabras clave

Cargo de Confianza, madre gestante, empleo público, discriminación

ABSTRACT

The resolution chosen for this report makes it possible to analyze facts related to the modality of hiring trusted personnel in the Public Sector and the possible violation of fundamental rights such as the right to work and the right to equality and non-discrimination of pregnant workers.

For this, it is relevant to study the existing regulations in Peru regarding the modalities and requirements to enter to work in the Public Sector, especially in the designation of a position of trust. In the same way, the arguments presented by the labor jurisprudence

with respect to this special hiring modality "trust position" related to "pregnant worker" should be analyzed.

To the same extent, it is necessary to resort to international instruments that give relevance to the protection of women's rights in the labor field and proscribe any act that violates fundamental rights, for which reason, they require Member States to have the duty to guarantee the special situation of a working mother in a possible situation of violation of fundamental rights such as the right to work and the right to equality and non-discrimination.

Finally, we will conclude if the regulations that require access and designation of the position of trust in the Public Sector were complied with and if the employer had a reason other than the state of pregnancy of the worker for the termination of the employment relationship.

Keywords

Trust charge, pregnant mother, public employment, discrimination

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO.....	1
I. INTRODUCCIÓN.....	2
1.1. Justificación de la elección de la resolución.2
1.2. Presentación del caso y análisis.5
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	8
2.1. Antecedentes.	8
2.2. Hechos relevantes del caso.	11
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	14
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A..	15
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	19
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	43
VII BIBLIOGRAFÍA.....	45



Cuadro de datos principales del caso

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Resolución de Sentencia 743/2021 EXP. N° 00932-2029-PA/TC
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho del Trabajo, Derechos fundamentales, Derecho de Seguridad Social
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	EXP. N° 0097-2017-0-2015-JM-CI-01, EXP. 00093-2018-0-2101-SP-CI-01, EXP. N° 05652-2007-PA/TC, EXP. N° 0206-2005-PA/TC, EXP. N° 09744-2019-0-1801-JR-LA-18, CASACIÓN N° 21841-2017-LIMA, Casación laboral N° 30535-2019-LIMA, EXP. N° 02456-2012-AA/TC, EXP. N° 04844-2008-PA/TC, EXP. N° 2748-2021-PA/TC, Casación laboral N° 2016-2014, EXP. N.° 02748-2021-PA/TC, Pleno sentencia N° 254-2022.
Demandante / Denunciante	Janeth I. Ramos Maquera
Demandado / Denunciado	Municipalidad Provincial El Collao y otro
Instancia administrativa o jurisdiccional	Demanda de amparo Tribunal Constitucional
Terceros	
Otros	<i>Materia Sector Público, despido nulo por embarazo y no renovación de contrato de trabajo. Situaciones especiales: personal de dirección y de confianza</i>

INTRODUCCIÓN

1. Justificación de la elección de la resolución de Sentencia 743/2021 EXP. N° 00932-2029-PA/TC

La resolución elegida para el presente informe permite analizar hechos relacionados a la contratación de personal de confianza y la normativa existente en el Perú respecto a esta modalidad de contratación. En ese sentido, se encuentra relevante estudiar los argumentos presentados por las Cortes laborales respecto a la posible vulneración de derechos fundamentales como el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad y no discriminación.

En el presente expediente, se analiza la vulneración del derecho a la libertad y no discriminación de la trabajadora gestante del Sector Público Janeth I. Ramos Maquera frente al retiro de la confianza que aduce su empleador. Es de importancia indicar, el amplio desarrollo que realiza la sentencia en análisis en cuanto a la protección de la maternidad en el ámbito laboral (artículo 23 Constitución Política). Del mismo modo, el artículo 8 del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo aplicado a nuestra normativa, establece la misma protección en cuanto al despido de trabajadora gestante y; finalmente, el artículo 27 de nuestra Constitución Política protege al trabajador frente al despido arbitrario y cualquier acto unilateral del empleador sin causa justa.

Al respecto, la sentencia desarrolla la normativa existente frente al proceso de contratación de los servidores públicos y, en el caso particular, empleado de confianza, así como los requisitos a cumplir para que la designación sea conforme a Ley.

La discriminación, como consecuencia de la vulneración del derecho del trabajo y a la igualdad laboral, es un problema latente que exige la toma de acciones efectivas por parte de los Estados para su eliminación. Es así, que la sentencia elegida aborda un problema en el cual la normativa nacional, los instrumentos internacionales y las decisiones de nuestros legisladores han evolucionado, reafirmando su postura en cuanto a la protección de las trabajadoras gestantes

para lo cual se exige un trato diferenciado a favor de ellas por su propio estado de vulnerabilidad y la atención especial que requiere por ello.

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, es necesario analizar las situaciones especiales de contratación en el Régimen Laboral Público tales como: el Régimen General Público, regulado por Decreto Legislativo N°276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa (en adelante, Dec.Leg. 276); el Régimen de la Actividad Laboral Privada, regulado por el Decreto Legislativo N° 728; y el Régimen de Carreras Especiales, conformado por servicios particulares, carrera del profesorado, profesionales de la Salud, etc.

Es así como, en esta sentencia, la problemática surge cuando el empleador aduce la contratación de la trabajadora como cargo calificado de confianza. Sin embargo, de acuerdo con los hechos expuestos en la sentencia, el empleador no cumplió con la formalidad según la normativa que corresponde para el acceso a Sector Público y la calificación de cargo de confianza. En la misma línea, la Casación Laboral N° 4396-2017-Lima en su considerando séptimo, establece que mediante contrato de trabajo le fue informado al trabajador que el puesto que ocupaba era de confianza (Corte Suprema de Justicia de la República, Casación Laboral N° 4396-2017, p. 7). En base a ello, el trabajador debe tener conocimiento que ha sido designado en dicho cargo, o en todo caso, las propias características del mismo y la naturaleza de las funciones asignadas a dicho cargo por parte de empleador, estarán dirigidas a que deban ser asumidas como cargo de confianza (Tribunal Constitucional, Expediente N° 02296-2015-PA/TC, 2018, p.5).

Al respecto, bajo lo señalado por el artículo 2 inciso 4) Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público (en adelante, LMEP) , la designación o retiro de la confianza depende del empleador con el cual durante la vigencia de la relación siempre estará vinculado. Por ello, la calificación de confianza es una relación laboral especial, basada por la confianza entre las partes y la representatividad que ejercerá el trabajador calificado como tal frente a los trabajadores comunes, y finalmente la permanencia de un cargo de confianza en la institución debe estar relacionado a los objetivo que tiene la entidad o persona que lo contrata (Ley N° 28175, 2004, p.5).

Sin embargo, seguimos observando la desigualdad para las mujeres en el ámbito laboral "Discriminación laboral por razones de embarazo" como se evidencia en la sentencia abordada. Los aspectos centrales de este análisis son calificación como personal de confianza en el Sector Público, término de relación laboral por retiro de confianza, trabajadora embarazada y su protección en el ámbito laboral cualquiera sea su régimen de contratación, vulneración del derecho fundamental del trabajo y de igualdad y no discriminación entre otros.

Ante lo señalado, es de suma importancia indicar el impacto negativo que genera en las madres embarazadas una situación de discriminación, ya que en la mayoría de los casos no podrán de manera equitativa lograr el desarrollo completo de sus capacidades en cuanto a su persona, familia y el ámbito social. Es por lo que, ante una situación de aparente discriminación a una trabajadora gestante, es de obligación del empleador justificar que el término de relación laboral no tuvo como causa el estado de gestación de la trabajadora. Es decir, es posible que el empleador tenga causas objetivas válidas para la terminación de la relación laboral, caso contrario se evidenciaría la vulneración de derechos fundamentales ya comentados anteriormente.

Nuestro país ha desarrollado normativa para la protección de la madre trabajadora como: Ley N° 27240, Ley que otorga permiso para la lactancia materna; D.S.005-2011-TR, Reglamento de la Ley N° 26644 Ley que establece el goce del descanso pre y post natal; Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora del despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso; Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, etc. Así también, existen diversas sentencias del Tribunal Constitucional, sentencias de la Corte Suprema, doctrina jurisprudencial, y pronunciamientos por parte de las propias Instituciones del Estado como por ejemplo la Autoridad Nacional del Servicio Civil que trabajan en la misma línea frente a la garantía de protección de la madre trabajadora. Por su parte, nuestro país ha ratificado diversos convenios de la OIT como el Convenio 183 que protege la maternidad y el Convenio 111 que protege la no discriminación en materia de empleo y remuneración. Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) proscribire todo acto discriminatorio de la mujer por motivo de sexo que cuya consecuencia sea

desfavorable. Todo lo expuesto evidencia verdadera preocupación en dar garantías concretas y permanentes frente a cualquier acto discriminatorio de la mujer trabajadora en nuestro país y el respecto a los derechos fundamentales, como la libertad en todas sus dimensiones y el derecho del trabajo.

Finalmente, la sentencia elegida recoge una serie de pronunciamientos y normas nacionales y supranacionales que definen el sentido positivo en abordar la protección y no discriminación laboral por razones embarazo. De la misma manera, la sentencia contempla las situaciones especiales en la contratación como la designación de cargo de confianza, pero, en su extremo reafirma la protección y no vulneración de los derechos de la madre trabajadora, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, considerando que la normativa recoge garantías especiales para ellas.

2. Presentación del caso

El presente caso versa sobre la trabajadora (demandante) de la Municipalidad Provincial El Collao-Ilave contratada bajo el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (en adelante, Dec. Leg. 276.) y conforme al cuadro de Asignación de Personal (en adelante, CAP).

La demandante laboró en diversos periodos como Jefe de Unidad y Seguridad Ciudadana y, posteriormente, en su último período laboral como subgerente de transportes y seguridad vial, el cual era considerado de confianza para el empleador.

Por otro lado, la trabajadora informó a su empleador que estaba embarazada. Sin embargo, su empleador decidió no renovar el contrato indicando que, de acuerdo con la Ley, estaba en la facultad de concluir la relación laboral, ya que la trabajadora incumplió sus funciones estipuladas en su contrato de trabajo y además tiene el cargo de confianza.

El problema principal radica en determinar si el empleador actuó con causa justa y no se encubrió un acto de discriminación laboral por embarazo, basado en la terminación de la relación laboral por vencimiento de contrato según lo

establecían las cláusulas de extinción del propio contrato de trabajo. Así mismo, el empleador tenía el deber de demostrar si el cargo que ocupaba la demandante (subgerente de transportes y seguridad vial) era calificado cargo de confianza y de dirección y además de ello, demostrar si la trabajadora cumplió con el desempeño de sus funciones de acuerdo con el Dec. Leg. N° 276, por la LMEP y todas las normativas relacionadas al empleo público.

La pretensión de la demandante fue presentada de la siguiente manera: La demandante solicita la reincorporación a su cargo como subgerente de transportes y seguridad vial, contratada bajo el Dec. Leg. N° 276, alegando la vulneración a su derecho a la igualdad y no discriminación por su estado de gestación al momento del despido.

Para el desarrollo del presente informe jurídico, emplearemos la normativa nacional y supranacional que hasta la fecha ha analizado la problemática existente.

Normativa nacional:

- Constitución Política del Perú 1993
- Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su período de descanso
- Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2018-TR
- Ley N° 27240, Ley que otorga permiso por lactancia materna.
- Ley N° 26644, Ley que precisa el derecho de la trabajadora gestante al descanso pre y post natal, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2011-TR
- Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
- Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM
- Ley N° 24041, Ley Permanencia de los Servidores Públicos.
- Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público

- Decreto Legislativo N° 1023, Que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.
- Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.
- Ley N° 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, y su Reglamento Decreto Supremo N° 019-2002-PCM.
- Decreto Supremo N° 084-2016-PCM, que precisa la designación y los límites de empleados de confianza en las entidades públicas.
- Ley N° 31419, Ley que establece disposiciones para garantizar la idoneidad en el acceso y ejercicio de la función pública de funcionarios y directores de libre designación y remoción y su Reglamento Decreto Supremo N° 053-2022-PCM.
- Sentencias del Tribunal Constitucional: Exp. N° 05652-2007-PA/TC, Exp. N° 04844-2008-PA/TC, EXP. N° 0206-2005-PA/TC, EXP. 03501-2006-PA/TC, EXP. N° 02456-2012-AA/TC, EXP. 01272-2017-PA/TC, EXP. N.° 02748-2019-PHC/TC, EXP. N° 09744-2019-0-1801-JR-LA-18, EXP. N° 008-2005-PI/TC, entre otros
- Sentencias de la Corte Suprema: Casación laboral 2016-2014-Lima, Casación laboral N° 4396-2017-Lima, CASACIÓN N° 21841-2017-LIMA, Casación laboral N° 30535-2019-LIMA, entre otras.
- Pleno sentencia N° 254-2022. Exp. N° 2748-2021-PA/TC.

Normativa supranacional:

- Convenio 183 – Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm.183). Convenio aprobado por el Perú según Resolución Legislativa N° 303 12.
- Convenio 158- Convenio sobre la terminación de la relación laboral de trabajo, 22 de junio de 1982. Entrada en vigor 23.11-1985, adopción Ginebra, 22 de junio de 1982. El Convenio trata sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.
- Convenio 111- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 25 de junio de 1958. Convenio trata sobre la obligación de los estados de eliminar cualquier discriminación en el empleo y ocupación)
- Recomendación 95 de la OIT “El embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación laboral del trabajo”
- Recomendación 191 de la OIT “Protección de la maternidad”

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación. contra la mujer “CEDAW” (ONU, 1979).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1976).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1976).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Conferencia Interamericana, 1948)
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos (ONU, 1969)

Cabe resaltar, que de acuerdo con lo expresado por el Tribunal Constitucional en considerando 11 del Expediente N° 2748-2021-PA/TC, no será exigible comunicar al empleador el estado de embarazo de la trabajadora desde que el Estado peruano ratificó el Convenio 183 de la OIT. En base a ello, no dependerá de la comunicación previa al empleador para que se active la prohibición de despido a la trabajadora embarazada (Expediente N° 2748-2021-PA/TC, 2022, p. 6). La protección de las trabajadoras embarazadas es un deber de cumplimiento, el Estado debe supervisar a los empleadores de manera permanente, ello guiará el respeto a los derechos fundamentales como: derecho del trabajo y de igualdad, no discriminación. Así también, guiará cualquier situación laboral que se vea amenazada como: término de la relación laboral por vencimiento de contrato (no renovación, período de prueba) a plazo fijo o indeterminado, a tiempo parcial, etc. Independientemente del régimen laboral en el cual se encuentre la trabajadora gestante. Sin embargo, el empleador puede terminar la relación laboral con la madre gestante y será válido siempre y cuando el motivo de su decisión no sea vinculado a su maternidad.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

1. Antecedentes

En el presente proceso la demandante interpuso Demanda de Amparo contra la Municipalidad Provincial El Collao-Ilave (en adelante, Municipalidad), por vulnerar sus derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminada por razones de sexo motivado por su embarazo, a su derecho al trabajo al no habersele renovado su contrato de trabajo y, cuya pretensión fue: reposición en el puesto trabajo que venía desempeñando como subgerenta de transportes y seguridad vial.

La Municipalidad no pudo demostrar fehaciente y documentalmente que la finalización del contrato se debió por incumplimiento de las funciones encargadas o por procesos judiciales que mantenía la demandante. En la misma línea, la carta que cursó la Municipalidad a la demandante y que dio término a la relación laboral, no indicaba causal relacionada a la conducta de la demandada. Todo lo contrario, se evidencia como prueba que en el certificado de trabajo que otorgó la Municipalidad a la demandante, indicaba que esta habría demostrado responsabilidad, honestidad y puntualidad en el desempeño de sus funciones. Así también, a pesar de que la Municipalidad indicó que la demandante era personal de confianza por razones políticas, este cargo no estaba consignado en el CAP, requisito que, de acuerdo con Ley, debe cumplirse para acceder a dicho cargo. Por lo tanto, la Municipalidad tampoco demuestra documentalmente tal afirmación.

Por consiguiente, la sentencia de primera instancia (Exp. N° 0097-2017, Sentencia N° 14-2018-CI del 10 de abril del 2017) que declarada fundada la Demanda de Amparo, ordenando la reposición de la demandante en el mismo puesto de trabajo en el cual se venía desempeñando como subgerente de transportes y seguridad Vial, con el consiguiente pago de costas y costos a los demandados.

La sentencia de segunda instancia (Exp. 0093-2018, Sentencia del 28 de diciembre del 2018) de la Corte Superior de Justicia de Puno, revocó la sentencia de primera instancia sujeta a apelación, reformándola y declarándose infundada, la cual en su considerando 5.2 indica que los trabajadores de confianza laboran en contacto directo con su empleador (Alcalde de la Municipalidad) y que el cargo

de subgerente de transportes y seguridad vial es un cargo que por la naturaleza de sus funciones es de confianza;. Así también, las labores que desempeñaba la Trabajadora se encontraban en el Manual de Organización y Funciones (en adelante, MOF) bajo la dirección del Alcalde y el Gerente Municipal.

La Corte Superior para la presente sentencia, se basó en los precedentes vinculantes: primero, la Casación 874-2010- De Santa, la cual señala que los cargos de confianza se encuentran exceptuados por la Ley N° 24041, Ley que establece límites para cese de los servidores públicos con exclusión de los servidores públicos contratados para desempeñar funciones políticas o de confianza y, como segundo precedente vinculante, la Casación N° 009572-2009- Lambayeque, la cual reitera la Ley antes citada y confirma que, se consideran funcionarios de confianza todos los trabajadores que presten servicios para una municipalidad en el cargo de dirección. Ante lo expuesto, la Corte Suprema determinó que la Trabajadora ocupaba un cargo de confianza basándose en el principio de primacía de la realidad. Por consiguiente, la Municipalidad estaba facultada a otorgar o retirar la confianza a la trabajadora de acuerdo con el art. 4 inc. 2) de la LMEP y cuya acción no debería ser considerada como despido arbitrario, ya que, la estabilidad de la trabajadora estaba supeditada a la confianza de su empleador (Ley N° 28175, 2004, p. 5).

La sentencia del Tribunal Constitucional Pleno. Sentencia 743/2021 Exp. N° 00932-2019, Sentencia del 01 de julio del 2021 resuelve fundada la demanda de amparo y declara nulo el despido al que ha sido sujeta la trabajadora y ordena se le reponga en su puesto de trabajo en el lapso de dos días.

Sin embargo, existieron dos votos singulares de magistrados que fundamentan su improcedencia frente a la reposición en el puesto de trabajo por tratarse de un despido arbitrario el trabajador tiene derecho a una indemnización como la única reparación del daño sufrido.

El Tribunal basó su sentencia en los siguientes argumentos:

- a) Es necesario identificar el puesto de confianza y de dirección para posteriormente comunicar al trabajador que dichos cargos son calificados como tales.

b) En el contrato de trabajo suscrito bajo el Régimen Laboral Dec. Leg. 276 no se estableció que el cargo a desempeñar era de confianza.

c) En el CAP vigente en la fecha del contrato de trabajo, no se incluyó como cargo de confianza el cargo de subgerente de transportes y seguridad vial, por lo tanto, no podría ser calificado como tal.

Por los motivos antes citados, el Tribunal determinó que la Municipalidad no pudo demostrar que la no renovación del contrato no se debió a un motivo diferente a el estado de embarazo de la demandante

2. Hechos relevantes del caso

Demandante, Janeth I Ramos Maquera, empleada

Demandado, Municipalidad de Municipalidad Provincial El Collao-Ilave
empleador

Petición de la demanda: Se declare la nulidad del despido de la que fue objeto por motivo de su embarazo, en consecuencia, se le reponga en el puesto laboral en el cual se venía desempeñando.

Posición del empleador. Alega la terminación de la relación laboral por vencimiento de contrato, basadas en cláusulas de extinción de este, por lo tanto, ya no se tenía la intención ni obligación de seguir contratándola, ya que la recurrente no habría cumplido con el desempeño de sus funciones y que la misma ocupaba un cargo político y de confianza.

Primera instancia: Ante el Juzgado Mixto de la Provincia El Collao- Ilave, se declaró fundada la demanda ordenándose la reposición de la Trabajadora en su cargo, el mismo que desempeñaba hasta antes de la no renovación del contrato. Es importante indicar que, el cargo de Subgerente de Transportes y Seguridad Vial que desempeñaba la Trabajadora no se encontraba consignado como personal de confianza dentro del CAP de la Municipalidad Provincial El Collao. Así también, el certificado de trabajo otorgado a la Municipalidad indicaba textualmente “La trabajadora ha demostrado responsabilidad, honestidad y puntualidad en el desempeño de sus funciones”. Por lo expuesto, y en cuanto a la Municipalidad, esta no cumplió con acreditar la causa objetiva por la cual

concluye la relación laboral y por lo tanto la realidad expresa que la no renovación del contrato de trabajo fue debido a su condición de madre embarazada.

En cuanto a la posición de Trabajadora, el motivo de la no renovación de su contrato se debió a su estado de gestación, situación que fue comunicada oportunamente a la gerenta de Recursos Humanos con fecha 28 de septiembre 2017, antes de que concluya su contrato. Así mismo, su última contratación fue del 30 de marzo del 2017 a 31 de octubre del 2017, tiempo en el cual la demandante laboró desempeñando el cargo de subgerente de transportes y seguridad vial, cabe resaltar que, anteriormente la denominación de este cargo era Jefe de la Unidad de Seguridad Ciudadana, Transportes y Circulación Vial. Este cambio de denominación se debió a una disposición superior como adecuación a la nueva estructura Institucional, la misma que le fue comunicada a la demandante. Por otro lado, la demandante estaba sujeta al Régimen Laboral del Dec. Leg. N° 276 y de acuerdo con el CAP, el cargo que desempeñaba la Trabajadora no era cargo de confianza.

En cuanto a la posición de la Municipalidad, ésta considera y solicita sea declarada infundada la demanda porque en ningún extremo se vulnera o amenaza algún derecho, dado que, el término de la relación laboral se basó en la aplicación de las cláusulas de extinción del mismo contrato laboral con la demandante. Por lo indicado, no existía la obligación de seguir contratando.

Así mismo, la demandante habría incumplido y omitido sus deberes funcionales de acuerdo con el Manual de Organización y Funciones (MOF) y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF). Finalmente, la Municipalidad señala que la Trabajadora, a pesar de haber sido contratada en varios periodos como personal de confianza por razones políticas, habría incumplido con lo previsto en los artículos 12 b) del Dec. Legislativo N° 276, el cual requiere que todo servidor público acredite buena conducta y salud comprobada y artículo 21° a), c) y d) en cuanto al cumplimiento de obligaciones, puntualidad y buen trato al público y a sus superiores y compañeros de trabajo respectivamente (D.L. N° 276, 1984).

Segunda Instancia: La Corte Superior de Justicia de Puno, decidió revocar la sentencia apelada, reformándola y declarándola infundada, a causa de que, el cese de la demandante se debió por motivo de retiro de la confianza. Así mismo, la demandante ha desempeñado los cargos de jefe de la unidad de seguridad ciudadana, transportes y circulación vial y posteriormente subgerente de transportes y seguridad vial, cargos que por la naturaleza de sus funciones son cargos de confianza designado por el alcalde de acuerdo con artículo. 20 inciso 17 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

De la misma forma, ello también se indica en el MOF, reafirmando la jerarquía del alcalde y del Gerente Municipal frente a la dirección y relación con los trabajadores se sustentan cargo de confianza.

Finalmente, la sentencia refiere el artículo 2° inciso 4) de la Ley ° 24041, que como excepción se procede a la destitución de los servidores públicos que ocupen funciones políticas o de confianza y en este caso el retiro de la confianza y término de la relación laboral en estos casos como cargos jefaturales, no implica vulneración de norma constitucional alguna (Ley N° 24041,1984, p.1). Finalmente, la Corte determina que la estabilidad laboral está supeditada a la confianza de su empleador, en lo que sustenta su revocación de la sentencia de primera instancia (Exp. 0097-2017, Sentencia del 10 de abril 2017, p.10)

La Sentencia del Tribunal Constitucional, declaró fundada la Demanda de Amparo y por consecuencia nulo el despido del que ha sido objeto la demandante y, ordenó se reponga en el mismo puesto de trabajo o en otro de similar o igual nivel.

El tribunal basa su decisión en los siguientes considerandos:

- a. La Municipalidad tomó conocimiento del estado de gestación de la demandante.
- b. De acuerdo con el artículo 23 de la Constitución Política, se establece la protección a la madre por parte del Estado, para ello es indistinto el Régimen Laboral que tenga el trabajador.
- c. La demandante se encontraba dentro de un vínculo laboral sujeto al Régimen Laboral, Dec. Leg. N° 276 .

d. Se comunicó a la demandante la nueva adecuación estructural Institucional y la nueva denominación del cargo: subgerente de transportes y seguridad vial de la Municipalidad.

e. En el contrato de trabajo se estableció el régimen de contratación según Dec. Leg. N° 276 en el cargo de subgerente de transportes y seguridad vial. En ninguna cláusula de la relación laboral y extinción del contrato de trabajo ni en ninguna otra cláusula, se informó que el cargo asignado era de confianza.

f. La Municipalidad no presentó pruebas fehacientes por las imputaciones de incumplimiento de funciones de la demandada como incumplimiento y desempeño de labores y omisión de deberes funcionales. Lejos de ello, las pruebas presentadas por la Municipalidad correspondían a periodos anteriores a la contratación en el cual sucedieron los hechos y por lo tanto la Municipalidad tenía pleno conocimiento de ello en el momento de la contratación.

g. El CAP vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos el cargo de subgerente de transporte y seguridad vial no estaba calificado como cargo de confianza, a pesar de que dicho documento.

Finalmente, a pesar de la existencia de la posibilidad de la terminación de la relación laboral por razones válidas y objetivas, incluso ante el estado de gestación de la demandante, la Municipalidad no pudo demostrar que la no renovación del contrato laboral no se debió a causa distinta que el estado de gestación de la demandante.

Por todo lo expuesto, el Supremo consideró que, no solo se vulneró Derechos Fundamentales como el derecho del trabajo, no discriminación por sexo, sino también, a la demandante a le asistía la especial protección por su estado de gestación de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución Política, así como al amparo de la diversa normativa nacional, los instrumentos Internacionales como el Convenio 183 de la OIT, Recomendación 95 de la OIT, el CEDAW en su artículo, entre otros.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problema principal

La protección laboral de las trabajadoras gestantes frente al retiro de la confianza en el Régimen Laboral Público, Dec. Leg. N° 276.

2. Problemas secundarios

¿Cómo se califica a un trabajador como de confianza y de dirección?

Las causales para el retiro de la confianza en el Régimen Laboral Público Dec. Leg. N° 276.

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

El objetivo principal siempre será proteger a la madre gestante frente a un despido discriminatorio por embarazo, el cual será nulo de acuerdo con la normativa y primacía de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución Política ratificado en diversos instrumentos internacionales.

La participación de las mujeres en el ámbito laboral es alentadora. Aún más en el sector público, y según la última estadística del año 2019 publicada por la Autoridad Nacional de Servicio Civil (Servir), las mujeres tienen una participación del 47% de la totalidad de servidores públicos, del cual el 21 % está bajo la contratación del Régimen Laboral del Dec. Leg. N° 276.

Es necesario analizar con mayor profundidad la designación o remoción del cargo de confianza en el Dec. Leg. N° 276 y la LMEP, cuya normativa desprotege al trabajador frente al término de la relación laboral por retiro de confianza. Esta acción discrecional del empleador tiene característica subjetiva, en donde no existe obligación del empleador de justificar su decisión, lo cual puede ser una carta libre o zona turbia en la cual se encubra actos discriminatorios que vulneran los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por otro lado, no debemos dejar de mencionar la existencia de actos discriminatorios por parte de los empleadores en el mundo laboral. En el presente caso, se evidencia acto de discriminación directa basada en el sexo por

el despido de trabajadora gestante. Al respecto el apartado d) del artículo 5 del Convenio 158 de la OIT prescribe que el embarazo sea causa justificada para la terminación de la relación laboral (Organización Internacional del Trabajo, 1982).

Respecto a lo antes indicado, La Corte Superior de Justicia en el considerando 4 del Exp. 0093-2018-0-2101-SP-CI-01, proscribire la discriminación y reafirma el derecho fundamental de no discriminación por sexo. Ello es determinado mediante dos prohibiciones: primero, prohibición de discriminación directa, al establecer norma, política o acto del empleador cuya acción involucre un trato diferente y perjudicial, y no respeto a la regla de trato jurídico indiferenciado de manera general y por consecuencia este comportamiento es inconstitucional; y segundo, prohibiciones de discriminación indirectas, basado en actos neutros cuyo impacto genera efectos y/o consecuencias negativas o desiguales por el propio impacto diferenciado por sexo (Exp. N° 00093-2018-0-2101-SP-CI-01).

Con respecto a las diferentes conclusiones de las instancias del presente expediente refleja la existencia de un aspecto no claro en cuanto a la calificación y designación normativa de cargo de confianza y el retiro de la confianza de trabajadora gestante en el Sector Público.

Es necesario establecer un criterio unificado de análisis respetando la primacía de los derechos fundamentales expresados en Constitución Política, en línea con la normativa nacional, jurisprudencia e instrumentos internacionales, como son la igualdad, no discriminación, la protección especial a la mujer y madre gestante, lo cual es fuente de análisis en nuestro informe.

2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.

Estoy de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional en cuanto a la sentencia 743/2021 EXP. N° 00932-2029-PA/TC, al sustentar su decisión en la ratificación del Convenio 183 de la OIT sobre protección de la maternidad, el cual es parte de nuestro derecho nacional.

En la situación del presente expediente, la Municipalidad no pudo demostrar de manera fehaciente y de forma objetiva el acceso como cargo de confianza de la

demandante al Sector Público de acuerdo con la normativa vigente (Dec. Leg. 276 y LMEP) menos aún, la Municipalidad pudo no revocar contrato por el retiro de confianza.

No existía una relación laboral como cargo de confianza, porque no se cumplió la normativa que se exige para el ingreso de los servidores al Sector Público, que para este caso de manera obligatoria se debe incluir tal calificación el CAP de acuerdo al artículo 11 inciso e) del D.S. 043-2004, norma que establece los lineamientos que se debe seguir para la elaboración y aprobación del CAP y, finalmente, la Municipalidad no pudo demostrar objetivamente mediante otros documentos que la contratación correspondía a un cargo de confianza (D.S. N° 043-2004-PCM, 2004).

Así también, de acuerdo con lo manifestado por la Municipalidad, en cuanto a la naturaleza de las funciones del cargo subgerente de transportes y seguridad vial, este mismo estaba directamente relacionada a la gestión y desarrollo de la Municipalidad y, de acuerdo con el MOF, la demandante estaba en contacto con el alcalde y el Gerente Municipal, lo cual se establece en el artículo 12 del Decreto Supremo N°005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa.

Respecto al cargo de confianza, este no se mide por la persona, sino por las funciones y características del cargo a desarrollar. Sin embargo, la demandante nunca fue informada de la envergadura y responsabilidad de su cargo, ni de las características de su contratación, nunca existió comunicación alguna al respecto, ni tampoco documento interno en la Municipalidad que evidencien objetivamente ello (D.S. N° 005-90-PCM, 1990, p.4).

En lo que corresponde al nexo causal que analizó la sentencia, si bien es cierto existió vínculo laboral de acuerdo con el Dec. Leg. 276, la Municipalidad no pudo demostrar la constitución del daño consecuencia.

De acuerdo a lo indicado por la Municipalidad, la causa para no renovar contrato fue debido a que la demandante no cumplió sus funciones, tuvo reiterada impuntualidad, contrajo procesos judiciales durante su relación contractual con la Entidad. Estas imputaciones no pudieron ser demostradas por la Municipalidad como causa de retiro de la confianza y por consecuencia no renovación del contrato de trabajo.

Por otro lado, no existió factor de atribución a la demandante, porque ninguna de las imputaciones realizadas por la Municipalidad fueron respaldadas objetivamente y en algunos casos no correspondieron al periodo de contratación, más aún, las pruebas que presentó la Municipalidad, sobre los procesos judiciales que mantenía la demandante se habrían iniciado antes de la contratación con la Municipalidad y a la fecha de la demanda estos procesos aún no tenían sentencia firme, por lo cual no fueron tomados en cuenta por el Supremo.

Respecto a la primacía de la realidad el Tribunal Constitucional en el Expediente 991-2000-AA/TC comenta “(...) El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho (...)” (2000, fundamento 3).

Lo mismo ocurre en la Recomendación 198 de la OIT numeral 9 (2006), que de modo similar indica que la relación de trabajo se establece de acuerdo con la realidad en cuanto a la forma o ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador.

De modo similar, en el análisis de la sentencia, la Municipalidad en paralelo de no cumplir el procedimiento normativo para calificar un puesto de dirección o de confianza, primó la realidad (hechos comprobables), es decir la municipalidad no pudo evidenciar de manera objetiva las imputaciones realizadas a la demandante.

Por consecuencia, considero que el término de la relación laboral fue por motivo del embarazo de la demandante al no existir dentro de la relación laboral un cargo de confianza y por consecuencia la Municipalidad no pudo ejecutar el retiro de la misma (artículo 4 inciso 2) de LMEP), todo lo contrario, la demandante sí demostró objetivamente mediante una comunicación formal de su estado de embarazo, dirigida al área de recursos Humanos de la Municipalidad, adjuntando los diversos exámenes y diagnóstico de su estado y que a la fecha de comunicación contaba con seis meses de embarazo. Sin embargo, la

Municipalidad a pesar de ello, procedió a no renovar el contrato por retiro de la confianza al mes siguiente de la comunicación, fecha en la cual vencía el contrato de trabajo. Este acto contraviene el Convenio 183 de la OIT el cual en su artículo 08 señala la protección del empleo y no discriminación al prohibir que el empleador despida a una trabajadora embarazada.

Finalmente, es preocupante que el retiro de la confianza sea calificada una causal subjetiva la cual puede aplicar el empleador en su condición jerárquica o ejerciendo su poder de dirección y, en el momento que considere necesario habilite su derecho al remover del cargo al trabajadora de confianza. Este acto subjetivo no demostrable objetivamente, puede significar una salida para que el empleador bajo decisiones arbitrarias pueda encubrir actos discriminatorios que vulneren el derecho del trabajo y a la igualdad y no discriminación de una trabajadora embarazada.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En este escenario analizaremos los problemas jurídicos relevantes determinados como principales y secundarios sobre la Sentencia 743/2021 EXP. N° 00932-2029-PA/TC, para ello haremos un análisis de la normativa nacional como jurisprudencia, doctrina y normativa supranacional, como convenios y recomendaciones de la OIT, Derechos Fundamentales, OIT, etc.

Por otro lado, vemos conveniente analizar en primer lugar los problemas secundarios lo cual nos dará paso a dar respuesta a nuestra pregunta principal. Como primer aspecto, es importante determinar si la demandante fue trabajadora de confianza bajo Dec. Leg, 276 y la LMEP y como segundo aspecto debemos determinar cómo funciona el retiro de la confianza en este sector en línea con la normativa antes citada. Ello porque definiendo estos dos aspectos, podremos abordar de manera clara la protección que tiene la madre trabajadora en el Sector Público y las implicancias del retiro de la confianza a esta situación especial.

5.1 PROBLEMAS SECUNDARIOS

PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO: ¿Cómo se califica a un trabajador como de confianza y de dirección?

La Real Academia Española (RAE) define el término confianza como la seguridad o confianza firme que se tiene de alguien o de algo (2014). De ello podemos calificar que, la relación de un trabajador de confianza con su empleador es una relación diferente a aquella que tenga un trabajador ordinario con su empleador. La relación de confianza implica una vinculación especial, cuya naturaleza de las actividades (directivas o de administración) que le designa su empleador genera responsabilidad y representatividad en sus funciones hacia los trabajadores. Así como, vinculación directa con el destino de la empresa o los intereses particulares de quien lo contrata.

A su vez, Montoya define a los altos cargos (cargo de confianza) como de carácter o jerarquía superior y cuya actuación está basada en los poderes que el empleador le ha delegado, los cuales son dirigidos a los objetivos de la empresa (1998, p. 501). En la misma línea, Santiago Barajas, define al trabajador de confianza como aquel que se integra al área administrativa de la empresa, asignado funciones en representación del empleador, por lo tanto, este último le otorga poderes para que lo represente frente a los trabajadores y cuyas funciones deben garantizar un resultado óptimo para la empresa. Sin embargo, el empleador puede prescindir de sus servicios cuando no le sean útiles, necesarios o satisfactorios, liquidando sus haberes sin tener la obligación de dar explicación alguna por la adopción de tal medida (1992, p. 141).

De manera similar, Toyama hace una distinción y califica a los gerentes como aquellos trabajadores que ejercen funciones gerenciales en la empresa como administración, representación o ambas a su vez. En cambio, los llamados representantes son un término genérico que engloba a las personas que representan a la empresa ante los trabajadores, es decir, como un vínculo entre el empleador y los trabajadores (2015, pp. 450-451).

De otro lado, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo N° 003-97-TR), 1997) en su artículo 43, define al personal de dirección como a

aquel que representa al empleador frente a los demás trabajadores, como a terceros, en las funciones de administración y de control, y cuyo resultado de sus labores depende los resultados de la empresa, por ello, se entiende que los resultados de su labor están relacionados a su responsabilidad en la ejecución de funciones asignadas por el empleador. Así también, define al personal de confianza como aquella persona que tiene contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, pero a pesar de tener acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales o información de carácter reservado, emite informes al empleador o al personal de dirección, los mismos que coadyuvan a la toma de decisiones de la empresa, dado que su accionar es de colaboración directa al empleador (D.S. N° 003-97-TR, 1997, p. 5).

En cuanto a tema de análisis, corresponde determinar la definición y alcance de trabajador de confianza en el Sector Público. En esa línea, la LMEP en su artículo 4 clasifica al personal de empleo público en tres categorías: funcionario público, empleado de confianza y servidor público. Con respecto a ello, la categoría de empleado de confianza es definida como aquella que desempeña un cargo de confianza técnico o político diferente al del funcionario público. Esta categoría de empleado público está ligada funcionalmente a quien lo designa o remueve libremente y cuyo porcentaje de participación no será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad (Ley N° 28175, 2004, p. 5).

Del mismo modo, la norma antes citada, establece dos vías para el acceso de una plaza presupuestada en el Estado: Por regla general, esta vía de acceso se desarrolla mediante concurso público por méritos y la otra vía de acceso como excepción corresponde a los cargos de funcionarios y empleados de confianza, la cual se concreta mediante una plaza prevista y presupuestada en el CAP y el Presupuesto Analítico del Personal de una Entidad Pública (PAP). Estas últimas basadas en las normas de empleo público presupuestales y Servicio Civil (D.L. N° 1023, 2008).

Por otro lado, el artículo 2 del Dec. Leg. N° 276, indica que los servidores públicos contratados y los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de

confianza, no están incluidos en la Carrera Administrativa, es decir, que su acceso al sector público no estará dado mediante concurso público y orden de mérito sino por designación directa del funcionario público jerárquico (D.L. N° 276, 1984).

Así mismo, el D.S. 005-90-PCM en su art. 4 define el concepto de funcionario público como aquel que es elegido de acuerdo con el ordenamiento legal para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y de autonomía. En esa línea, el citado artículo hace la distinción en cuanto a la designación y nombramiento de los cargos políticos y de confianza indicando que son determinados por Ley (D.S. N° 005-90-PCM, 1990).

El Dec. Leg. N° 276 en su artículo 12 fija los criterios para calificar una situación de confianza. Es así como la citada norma, establece: a) El desempeño de funciones de jerarquía, en relación inmediata con el más alto nivel de la entidad; b) El desempeño de funciones de apoyo directo o de asesoría a funcionarios de más alto nivel; c) El desempeño de funciones que tienen acción directa sobre aspectos estratégicos declarados con anterioridad que afectan los servicios públicos o el funcionamiento global de la entidad pública (Decreto Supremo N° 005-90-PCM)

Del análisis realizado, cabe resaltar que sólo el empleador ejerciendo su poder de dirección podrá calificar a un trabajador como de dirección o de confianza, considerando las funciones que se le asignan o las necesidades de este. A su vez, el art 21 del Dec. Leg. N° 276 plasma la obligaciones prohibiciones y derechos del servidor público, en el cual se detalla las características que distinguen a esta categoría tales como: la relación laboral especial basada en la confianza de ambas partes, la actuación de buena fe frente al desempeño del poder otorgado al cargo de confianza; la responsabilidad que asume el trabajador de dirección o de confianza cuyo resultado está directamente con el destino de la institución o de quien lo contrata, la representatividad del trabajador de confianza frente a los trabajadores como imagen del empleador. Es decir, sus propias actividades, funciones o actuaciones determinan el cargo de confianza

que le ha otorgado su empleador y no la persona por sí misma (D.L. N° 276, 1984).

En cuanto al trabajador de confianza, su contratación y acceso al Régimen Laboral del Sector Público, se realiza de manera excepcional al no ser mediante concurso público a diferencia de los servidores públicos. Así mismo, el cargo de confianza debe estar definido y aprobados en el CAP teniendo como límite el 5% de porcentaje de participación del total de servidores públicos existentes en la entidad con un nexo directo de quien lo designó o lo remueve libremente (Ley N° 28175, 2004, p. 5).

Para establecer con mayor claridad el procedimiento del acceso al Sector Público y la calificación de cargo de confianza que se le asigna a un trabajador, vemos conveniente analizar la funciones de Servir en cuanto al tema de análisis.

La Ley Servir es un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado. En esa línea, una de las competencias de Servir está orientada a absolver consultas en cuanto a la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de los Recursos Humanos en el Sector Público. Es así como, de acuerdo con el art 10 inc. H) del Dec. Legislativo 1023, se le faculta a emitir opinión técnica vinculante en las materias de sus competencias (D.L. N° 1023, 2008).

De acuerdo con diversos informes legales emitidos por la Ley Servir, se indican los criterios a seguir en cuanto a todo el personal que presta servicios al Estado, independientemente del vínculo legal que lo relacione con la Administración Pública. Es así como, en el Informe Legal N° 487-2020-Servir/GG-OAJ (Servir,2010, p.2) se indica que el acceso al empleo público está basado en el artículo 5° LMEP el cual establece que el acceso al Sector Público es mediante concurso público y abierto en base a la capacidad y méritos de las personas. Por su parte la Servir en su artículo IV de su título preliminar reafirma que toda persona que desee ingresar a trabajar al sector público su acceso será por mérito del postulante basados en criterios objetivos y en la Ley de Presupuesto vigente a la fecha (Servir, 2010, p.2). Ello reafirma que todo acceso a la Administración

Pública debe darse por concurso público, con única excepción en situaciones de cargo de confianza.

Es importante recalcar que el acceso a dichos cargos se efectúa una vez que los cargos de confianza se encuentren definidos y aprobados en el CAP de la entidad pública que lo requiere, ello basado en las necesidades e identificaciones de los cargos para que sean calificados como de confianza en cada caso en particular. Bajo lo señalado, podemos apreciar que existe una etapa previa al acceso de cargo de confianza, la cual es la identificación, calificación del cargo y aprobación en el CAP como requisito para proceder al acceso del cargo de confianza.

En el mismo escenario, el informe legal N° 418- 2012-SERVIR/GG-OAJ (Servir, 2012, p.2) en sus antecedentes ítem 1.3, indica que el Decreto Supremo N° 043-2004-PCM, es la norma que aprueba los lineamientos a seguir en la elaboración y aprobación del CAP la cual indica en forma expresa que deben incluirse los cargos de confianza por cada entidad de acuerdo con el art. 11 del mismo cuerpo normativo (D.S. N° 043-2004-PCM, 2004, p. 2).

Es necesario analizar la normativa adicional existente en cuanto al acceso a servicio público y los casos especiales de acceso a cargo de confianza. Con respecto a ello:

El Decreto Supremo 084-2016-PCM, Ley que precisa la designación y los límites de empleados de confianza en las entidades públicas, indica que estas han venido interpretando que el CAP es el único instrumento en el cual se puede tener información sobre el personal e identificar los puestos que tienen la condición de confianza.

Sin embargo, considera que los servicios que desarrollan los profesionales de la Ley N° 1057, Contrato Administrativo de Servicios (CAS), no se encuentran en el CAP de las entidades públicas y por lo tanto no se exige que estas actividades estén previstas en este mismo.

Es por ello por lo que, el CAP de las entidades públicas no refleja el número de servidores existentes en cada una de ellas. Es por ello por lo que, es necesario

que en el proceso de implementación y desarrollo de reglas de la LMEP se considere la posibilidad de que los cargos de confianza puedan estar presentes en cualquiera de las categorías de servidores públicos. Finalmente, esta norma decreta que, dentro del límite del 5% de los empleados de confianza de acuerdo al inc. 2) art. 4 de la Ley LMEP, debe considerarse no sólo a los servidores públicos incluidos en el CAP y en el Cuadro de Asignación de Personal Provisional, sino también, a aquellos servidores contratados bajo el CAS, considerando el límite de 50 cargos de confianza y por excepción la Ley Servir podrá autorizar mediante resolución publicada en El Peruano previa justificación de la entidad pública.

De esta norma se desprende no sólo la importancia de que en el CAP estén incluidos todos los cargos de confianza de los servidores de las entidades públicas, sino que este sea un instrumento de medición real.

De esta manera se busca que cada entidad pueda incluir, de acuerdo con sus necesidades, los cargos calificados como de confianza respetando los límites de la LMEP. así, aplicar las normas especiales antes citadas para su inclusión en el CAP para que dicho trabajador sea considerado como de confianza.

Es importante comentar la Ley N° 27594, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos. De esta normativa se desprende en su artículo 3 que todo funcionario con cargo de confianza su designación debe ser mediante Resolución Ministerial o del Titular de la Entidad correspondiente, en el caso de la Sentencia, la designación del cargo de confianza de la demandante debió ser mediante un acto administrativo de la Municipalidad como empleador que realizó tal designación. (Ley N° 27594, 2001, p. 2)

Posteriormente, mediante Ley 31419, Ley que establece las disposiciones para garantizar la idoneidad en el acceso y el ejercicio de la función pública de funcionarios y directivos de libre designación y su Reglamento D.S. 053-2022, norma en la cual se establecen los requisitos mínimos para ello. En cuanto experiencia laboral, formación, y requisitos mínimos como para el acceso a una entidad pública en específico los servidores de confianza:

De acuerdo con esta ley se establece:

1. Art 6, en ningún caso podrán ser mayor al 5% del total de los cargos previstos en la entidad pública en su CAP o cuadro de puestos de la entidad en un mínimo de dos y máximo de cincuenta servidores de confianza.
2. Art 7, el personal de confianza en la cual recaiga condena emitida en primera instancia, o que se encuentren inhabilitadas por el Congreso para ejercer cargo público.

De acuerdo con el este Decreto Supremo se establece:

1)).Deroga el D.S. 084-2016-PCM (Disposición ComplementariaDerogatoria Única).

2) Art. 4.1, en ningún caso los instrumentos de gestión de la entidad puedencontener requisitos menores a los establecidos por Ley.

3) Art 27.1 Previo inicio del procedimiento de vinculación, las entidades públicas deben contar con los siguientes instrumentos de gestión:

- Manual de Clasificador de Cargos o Manual de Organización y Funciones, o el Manual de Perfiles de Puestos, el cual contenga la descripción del cargo o puesto
- CAP o CAP Provisional o CPE, el cual contenga el cargo o puesto y su respectiva posición de acuerdo a la necesidad de cada entidad

La citada norma reafirma las formalidades que los empleadores deben tomar en cuenta en la contratación del personal de confianza en el Sector Público. Por lo que, en ningún caso la entidad pública puede establecer requisitos menores a los establecidos por Ley, ello significa que para que inicie la vinculación o contratación de un cargo de confianza, previamente este deberá constar en el CAP, CAP Provisional o aquel instrumento que confirme las características del puesto, la necesidad del mismo, el presupuesto asignado para este, etc. Con lo cual, la entidad pública contrataría cargos de confianza de acuerdo a sus necesidades cumpliendo la normativa vigente de acuerdo al artículo 13 de Servir en donde la supervisión de la cumplimiento de la normativa está encargada a dicha Entidad.

De la documentación que obra en el expediente (base legal del contrato de trabajo) se establece que la demandante se encontraba comprendida en el régimen laboral de la actividad pública regulado por el Dec. Leg. N° 276. y su reglamento D.S 005-90-PCM, y le serían aplicables todas las disposiciones vinculadas a su régimen laboral.

Como primer punto importante, el cargo de confianza no estaba preestablecido como tal en el CAP y la Municipalidad indica que la demandante accedió a ocupar el cargo de confianza en la Municipalidad a pesar de ello, situación que no es clara). Así también, la Municipalidad indicó que el cargo de confianza de subgerente de transportes y seguridad vial sí se encontraba en el MOF, el ROF. Sin embargo, no se evidencia ningún documento en el cual se determinaba o se informaba que el cargo era considerado como de confianza, es decir el trabajador no fue informado de las características de su cargo y el tratamiento especial en su contratación.

Al respecto, la sentencia no indica la forma en la cual la demandante ingresó a la carrera administrativa del Sector Público, pero su contrato laboral se regía bajo el Dec. Leg N° 276. Por ello, resulta preciso mencionar que, de acuerdo con la LMEP se establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto en base a mérito y capacidad de las personas, con la excepción de los cargos de confianza técnico o político y cuya inobservancia anula de pleno derecho el acto que lo contravenga (Ley N° 28175). Así también, el Decreto Legislativo N° 1023 (Servir) lo reafirma en el art. IV de su Título Preliminar indicando que el Ingreso al servicio civil permanente o temporal se realiza mediante procesos de selección transparentes sobre la base de criterios objetivos, atendiendo al principio del mérito” (D.L. N° 1023, 2008).

La demandante ingresó a laborar a la Municipalidad Provincial El Collao-llave mediante Memorándum N° 153-2017-MPCI/SG.RR. HH. de fecha 30 de marzo del 2017, documento en el cual se le encarga cumplir las funciones de subgerente de transportes y seguridad vial. Sin embargo, la trabajadora, en el caso de haber obtenido acceso al empleo público mediante concurso público, la Municipalidad debió emitir Resolución de Alcaldía acreditando su designación...

lo cual no se evidencia en los documentos mencionados en el expediente, por lo tanto, no existe transparencia en la calificación de empleado público en su categoría de servidor público o cargo de confianza.

Por otro lado, el CAP provee las plazas previstas y calificadas como de confianza sin necesidad de convocatoria y proceso de selección, ello basado en las propias necesidades de la institución, esta misma deberá identificar y calificar los cargos de confianza. En este caso, el cargo asignado a la demandante no estaba incluido dentro del CAP como se indicó anteriormente. Ello significa que nos encontramos ante dos situaciones: la Municipalidad no fue diligente en la elaboración y calificación del CAP al no calificar el cargo de subgerente de transportes y seguridad vial, el cual que por la naturaleza de las funciones era cargo de confianza, o que este era cargo asignado a un servidor público y cómo lo antes indicado, debió ser presentado y aprobado por concurso de admisión (D.L. N° 276, 1984, 2).

En cuanto a los documentos presentados por la demandante se encontraban, entre otros, contrato de trabajo suscrito con la Municipalidad y certificado de trabajo que otorgó la Municipalidad, el cual no mencionaba el desempeño de un cargo de confianza. Sin embargo, es importante comentar que el Tribunal Constitucional se ha manifestado con respecto a la primacía de la realidad en base a la razonabilidad, se debe enmarcar en las funciones que desempeña el trabajador y las necesidades de la empresa.

Por el contrario, en el fundamento 07, del Expediente 0575-2011-PA/TC, Tumbes se indica "(...) independientemente que el demandante haya ingresado al Poder Judicial a través de un concurso público, ello no enerva la calificación del cargo de confianza (...)" (Tribunal Constitucional, 2011, fundamento 7). Ello significa que las formalidades no descalifican el cargo que en la realidad podría haber desempeñado el demandante cargo de confianza, a pesar de que la sentencia no indica si la demandante accedió por concurso público al cargo asignado. Del mismo, la sentencia antes citada indica "8 (...) el cargo de jefe de la Oficina de Administración de una Corte Superior de Justicia es un cargo de confianza debido a las funciones y las características propias del mismo, los

cuales son la representatividad, la responsabilidad, la dirección y la dependencia (...)"(Tribunal Constitucional, Expediente N° 0575-2011, 2011, fundamento 8).

En la misma línea la sentencia emitida en el Expediente 03501-2006-PA/TC, Lima indica "11 (..) Un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los demás trabajadores comunes. No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador (...)" (Tribunal Constitucional, 2007, fundamento 11). Así también, en su considerando 16, la misma sentencia indica que la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador y su inobservancia no implica que en la realidad la situación sea diferente. Por lo que, si un trabajador, por el hecho de realizar labores implique tal condición estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo (Tribunal Constitucional, Expediente N° 3501-2006, 2007, fundamento 16).

Por otro lado, la sentencia emitida en el Expediente N° 3066-2018-0-1801-JR-LA-15 en su considerando quinto expresa "(...) en nuestro sistema jurídico nacional, el concepto de trabajador de confianza se relativiza a cada caso en concreto, pues su diferencia no se sujetará a un tipo de trabajador, sino por la responsabilidad y la función que desempeña" (Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 3066-2018, 2021).

En resumen, la jurisprudencia ha sostenido que el cargo de confianza no se calificará en función al análisis objetivo de cada puesto en la empresa, todo lo contrario, esta calificación se basará en la naturaleza de las funciones que desempeña el trabajador y en la manera que estas funciones se vinculen con la empresa en el proceso productivo o en el objetivo de la misma, en consecuencia el trabajador tendrá derecho a protección y tutela jurídica de acuerdo a la modalidad de ingreso a cargo que ocupa en la empresa.

En consecuencia, podemos establecer que la Trabajadora, si bien ha sido contratada mediante el Régimen Laboral Público Dec. Leg. N° 276, no se evidencia que cumplió con el requisito de acceso al empleo público estipulado

en el art 5 de la Ley Marco del Empleo Público, es decir mediante concurso público en base a sus méritos y capacidad.

Así también, en el CAP, el cargo de subgerente de transportes y seguridad vial no figuraba como cargo de confianza, obligación formal que la Municipalidad no cumplió. De otro lado, era necesario establecer la naturaleza de las funciones inherentes al cargo de subgerente de transportes y seguridad vial descrito en el MOF Y ROF de la Municipalidad para establecer las funciones básicas y específicas del cargo, ello con la finalidad la categoría de cargo de confianza.

De la misma forma, se debió dar cumplimiento de toda la normativa exigida para el acceso del empleo público, Ley Servir, Ley LMEP y las leyes anuales de presupuesto, etc. Por consiguiente, no se cumplieron los supuestos habilitantes para iniciar el procedimiento de vinculación con la Municipalidad, ello es, que el CAP contenga el cargo y su posición como cargo de confianza.

Podemos concluir que la Municipalidad no puede establecer requisitos menores a los requeridos en la norma, ello significa que la contratación no estaría sujeta a los términos que la Ley indica, con la responsabilidad de los funcionarios involucrados en el proceso de aprobación del cargo de confianza.

Finalmente, no podría calificarse el cargo de la Trabajadora de Subgerente de Transportes y Seguridad Vial como cargo de confianza, no sólo porque la Municipalidad no presentó pruebas objetivas que respalden su cargo, ni tampoco presentó pruebas objetivas del no cumplimiento de sus funciones para la renovación del contrato por retiro de la confianza, sino también, por no haberse respetado el debido proceso en la contratación de la Trabajadora al no estar incluido en el CAP el puesto calificado como cargo de confianza.

Por consiguiente, debemos establecer que la contratación de la demandante no debe calificarse como cargo de confianza, en todo caso los documentos indican que su contratación fue de acuerdo con el Dec. Leg. N° 276, y bajo las implicancias que la normativa del Régimen Laboral Público.

SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO: El retiro de confianza en el Régimen Laboral del Dec. Leg. N° 276.

A pesar de haber concluido que la Trabajadora no era calificada como personal de confianza, es importante determinar los efectos que genera el retiro de confianza a un trabajador de esta especial categoría, sobre todo si estuviésemos ante el caso de una trabajadora embarazada con cargo de confianza. Para ello comentaremos las diferentes jurisprudencias constitucionales, informes Servir y normativa existente sobre la referida culminación del vínculo laboral por retiro de la confianza.

Como se comentó en los párrafos precedentes, en la Administración Pública se debe aplicar, no sólo el Dec. Leg. N° 276 sino también la Ley LMEP la cual se aplica a todas las entidades del Estado en forma conjunta, así como la normativa relacionada al propio sector público

A la vez, no existe normativa específica con respecto al término del vínculo laboral de los trabajadores de confianza. Sin embargo, en la LMEP en su artículo 4 inciso 2, se define la vigencia de la relación laboral del cargo de confianza de quien lo designa o remueve libremente. así también que este cargo está ligado de manera permanente con la persona que lo designó en el mismo cargo y en ningún caso será mayor del 5% de los servidores públicos existente en la entidad (Ley N° 28175, 2004).

Así mismo, al artículo 10 inc. h), Decreto Legislativo N° 1023, corresponde a Servir entre sus funciones y como autoridad nacional, emitir opiniones técnicas vinculantes en las materias de su competencia. Por tal razón, estimamos conveniente hacer un breve análisis al respecto

Así pues, el Informe Legal N° 487-2010-SERVIR/GG-OAJ detalla en su inciso 2.7

“Cuando el ingreso de una persona se realiza vía designación de un cargo de confianza sin la preexistencia de concurso público, su remoción no genera derecho alguno de indemnización toda vez que la causal invocada está expresamente señalada en el art 4 de la Ley Marco del Empleo Público” (Informe Legal N° 487-2010-SERVIR/GC-0AJ, 2010)

Es decir, si la persona ingresó a trabajar en la Administración Pública sin mediar concurso público como cargo de confianza, puede ser removido de su cargo, por la discrecionalidad del cargo de quien lo contrató.

En la misma línea, en el Informe Técnico N° 1475 -2019-SERVIR/GPGSC en su inciso 3.5, se afirma que el retiro de confianza concluye la designación del cargo y extingue válidamente el contrato de trabajo de quien ingresó a laborar en un puesto de dirección de confianza, con ello se evidencia la discrecionalidad del empleador, el cual concluye que ya no es posible asignar labores de confianza al trabajador. Es importante indicar que la Ley Marco del Empleo Público establece como causal especial de extinción de la relación laboral, el retiro de la confianza y, por consecuencia, la terminación del contrato de trabajo. Ello no obliga al empleador a fundamentar su decisión (Autoridad Nacional del Servicio Civil, 2019).

Seguidamente, reforzando el retiro de confianza como causal de término de la relación laboral, no remitimos al Informe Técnico 272-2018-SERVIR/GPGSC, que en su numeral 3.3 indica

La remoción como término de la designación de un servidor en el cargo de confianza, ya sea por acceso de forma directa o por promoción, no genera pago alguno de indemnización, según lo previsto en el art 4 de la Ley Marco del Empleo Público (Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC, 2018).

Finalmente, en el Informe Legal N° 418-2012-SERVIR/ GPGRH de carácter vinculante, señala en su conclusión que, en base a la LMEP, es de plena libertad la designación y remoción del cargo de confianza, por lo tanto, el retiro de confianza no genera indemnizaciones (Autoridad Nacional del Servicio Civil, 2012, p. 3).

Procedemos a comentar parte de a la jurisprudencia nacional r:

Podemos comentar la sentencia de Exp. N° 03501-2006-PA/TC:

3. Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la confianza, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de esta es invocada por el empleador y constituye una actuación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos. (Tribunal Constitucional, 2007, fundamento 3)

En el mismo sentido, lo comentado en la Casación N° 18450-2015-Lima, “Décimo cuarto. Sólo los trabajadores de confianza promovidos tienen derecho a una indemnización y no aquellos que accedieron de manera directa al cargo de confianza” (Tribunal Constitucional, 2016) Es decir, todos aquellos trabajadores comunes que accedieron al cargo de confianza promovido por su empleador, definiendo una relación laboral mixta. Por lo tanto, en este caso, el retiro de confianza no extingue el vínculo laboral, con lo cual el trabajador debería volver a su puesto anterior como trabajador común, caso contrario sí le correspondería una indemnización por despido arbitrario.

A manera de conclusión, debemos tomar en cuenta todas las normas referentes a la contratación con el Estado. Por ello, de acuerdo con la Ley LMEP, este cargo puede asignarse o remover libremente, Por lo tanto, la discrecionalidad del empleador en la asignación como en el retiro del cargo de confianza, es calificado como un acto de naturaleza subjetiva, con lo cual el empleador no está obligado a explicar su decisión.

Nuestra normativa no regula la posibilidad de despido sin expresión de causa, Sin embargo, el retiro de la confianza es una excepción, ya que no requiere causa objetiva para el retiro de la confianza.

Esta situación de una madre gestante con cargo de confianza podría ser un motivo por el cual el empleador haciendo uso a su derecho de remover libremente la confianza y pueda encubrir actos que vulneren los derechos de libertad y no discriminación de la trabajadora de confianza embarazada. Si ello sucediera, se activaría la protección especial a la madre embarazada, ya que el

término de la relación laboral estaría vinculado al estado de maternidad de la trabajadora., Cabe la posibilidad y es perfectamente posible que nos encontremos ante la posibilidad de que el empleador tenga razones válidas objetivas para concluir la relación laboral, incluso ante una madre embarazada, como ya comentamos anteriormente.

De esta manera, al determinar que el cargo de la demandante no era cargo de confianza porque la Municipalidad no cumple con los requisitos establecidos para el acceso de un trabajador al sector público, en específico cargo de confianza, al no aplicar las leyes de la Contratación de trabajadores del Estado, podemos pasar a evaluar la protección laboral en el sector público que tiene una madre embarazada, de acuerdo con la normativa nacional y supranacional frente al despido, bajo la discrecionalidad del empleador cuando se trate de la no renovación del contrato por retiro de la confianza.

5.2 PROBLEMA PRINCIPAL

Al evaluar y analizar los problemas secundarios podemos entender la figura jurídica del personal de confianza o de dirección y que de cuya calificación se genera la distinción con los trabajadores comunes. Sin embargo, debemos entender que la garantía de protección ante trabajadora embarazada se activa cuando se evidencia vulneración de derechos fundamentales como: derecho del trabajo y derecho a no ser discriminada por sexo (Trabajadora embarazada) más aún si el empleador encubre su verdadera intención en la no renovación de contratos o en imputaciones no objetivas y que en realidad la verdadera causa es el estado de embarazo de la trabajadora.

PROBLEMA PRINCIPAL: La protección laboral de las trabajadoras embarazadas en el Régimen Laboral del Dec. Leg. N° 276.

Despido nulo por embarazo

La discriminación está prescrita por nuestra Constitución Política (artículo 2. inc. 2) por vulnerar el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por sexo. La discriminación es un acto que vulnera un derecho fundamental. Nadie

puede ser discriminado por motivo de religión, raza, idioma, sexo, condición económica o de cualquier índole.

En el presente caso, la demandante era una trabajadora que se encontraba embarazada, la cual fue víctima de despido por parte de su empleador bajo una simulación de retiro de la confianza al no ser renovado el contrato de trabajo a pesar de que el empleador fue informado oportunamente de la situación especial en la cual se encontraba la trabajadora.

Los despidos motivados por embarazo están prescritos por el art. 23 de la Constitución; es decir, el Estado protege en forma especial a la madre trabajadora. Por lo que, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se produzca ninguna acción discriminatoria contra la mujer en el ámbito laboral. Ya que, la trabajadora por su misma naturaleza pueda encontrarse en situaciones especiales de vulnerabilidad como: embarazo, licencia por maternidad, período de lactancia, estado civil. Situaciones que ameritan un trato diferenciado y que de ninguna manera pueden ser causa objetiva para la terminación de la relación laboral. Si ello se produce, se calificará como un despido nulo y estará sujetos a denuncia de la Trabajadora por un trato desigual y por el cual se buscará una sanción (Tribunal Constitucional, Expediente N° 02296-2015, 2018)

Debido a la importancia de la protección de la mujer cuando se encuentran en situación de embarazo, nuestra normativa contempla diversas situaciones emitiendo leyes de protección antes diversas situaciones. Podemos indicar las siguientes normas que conceden tal protección como: la Ley 27240 (Ley que otorga permiso por lactancia materna), la Ley 26644 (Ley que otorga el descanso pre y post natal la trabajadora gestante), Ley 30367 (Ley que protege contra el despido arbitrario y prolonga su período de descanso), Ley 30709 (art 6, Ley que prohíbe el despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición de embarazo o periodo de lactancia). En la misma línea, el Convenio 183 de la OIT determina la prohibición de despido o no renovación de contrato de trabajadora que se encuentre embarazada activando la protección de la maternidad y, finalmente la CEDAW proscribire todo trato de discriminación contra las mujeres.

De ello podemos evidencia que se ha desplegado normativa nacional e internacional en busca de la eliminación de toda discriminación de la mujer trabajadora en situación de embarazo, proscribiendo y sancionado todo acto discriminatorio que atenta y vulnera derechos fundamentales.

Al respecto, la sentencia recaída en el Expediente N° 05652.2007-PA/TC Lima, en su considerando 48 prohibió el despido de toda mujer embarazada y la negativa del empleador de contratar a una mujer en estado de gestación. El tribunal, ordenó la reposición de la trabajadora embarazada, ya que la real causa de no renovación de contrato fue su estado de gestación. De acuerdo con esta sentencia, se garantizó y protegió el derecho frente a la discriminación por razones de sexo de las mujeres en el ámbito laboral (Tribunal Constitucional, 2008, p. 15).

En la misma línea, el Tribunal Constitucional en el fundamento 15 del Expediente N° 0206-2005-PA/TC (2005), establece que “(...) los despidos originados por razones de sexo, raza, religión (...) tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo de embarazo conforme al art. 23 de la Constitución el Estado protege especialmente a la madre”.

Frente a lo desarrollado, la normativa garantiza y protege a la trabajadora embarazada, proscribiendo cualquier acto que vulnere el derecho fundamental de no discriminación por sexo. En esa línea, no sólo protege a la madre gestante frente a un despido arbitrario por causa de su propio estado, sino que amplía y activa su protección en los casos de periodo pre y post natal. En consecuencia, el despido de trabajadora embarazada se encuentra no puede ser la causa para el despido arbitrario o no renovación de contrato, ya que estaríamos frente a un despido nulo por vulnerar un derecho fundamental, lo cual conlleva a una sanción y actuación de protección y garantía a favor de la trabajadora por parte del Estado.

El Derecho Fundamental del trabajo

La Constitución en su art. 22 reconoce al trabajo como un derecho y un deber, el cual determina la base del bienestar social de la persona y lo concibe como el medio de realización de esta. Sin embargo, el derecho del trabajo no puede valorarse de manera independiente, debe hacerse una análisis e interpretación conjunta con otras normas. Ello está relacionado con el artículo 27 de la Constitución, el cual citamos anteriormente y que proscribire el despido arbitrario. Es así como, si se produce el despido arbitrario, es decir aquel acto del empleador carente de causa justa, sus efectos necesariamente se dirigen de manera directa al derecho del trabajo plasmado en el artículo 22 de la norma antes citada.

Con respecto a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades de las personas deben interpretarse con los instrumentos internacionales ratificados por el Perú.

De ello se desprende: El Protocolo de San Salvador, que en su art. 6.1 establece que la estabilidad del empleo está basado en el derecho de toda persona a tener la oportunidad de obtener los medios que sustenten una vida digna y que este sea una actividad lícita, libremente escogida o aceptada y en el artículo 7 de la norma antes citada, se exige a los Estados parte que deben garantizar la igualdad o condiciones justas y equitativas para todas las personas y finalmente en el inc. d) del mismo artículo, sustenta la estabilidad de los trabajadores en sus empleos y que los trabajadores sólo deben ser separados de sus cargos por causas justas y que ante situación de despido arbitrario, los trabajadores podrán solicitar la readmisión, indemnización o cualquier otra garantía que devuelva su afectación de acuerdo a la legislación de cada Estado (Organización de los Estados Americanos, 1988, p. 4).

Por su parte, el art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas, acceder al empleo y elegir su vocación (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1948). En la misma línea, el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en el mismo orden que, toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y a la protección contra el desempleo (Organización de los Derechos Humanos, 1948).

De lo antes indicado, podemos establecer que todo despido nulo es opuesto a la estabilidad laboral y derecho del trabajo. En el supuesto que el empleador despidiera sin causa justa u objetiva y su justificación real sea el estado de embarazo de la trabajadora, este será un acto discriminatorio que vulnera un derecho fundamental al privarle de su derecho a trabajar.

Protección adecuada contra el despido arbitrario en el régimen laboral público

La tutela judicial en las situaciones de despido arbitrario para los servidores del Sector Público se establece en el siguiente marco normativo.

De acuerdo con la Ley 24041, se establece que los servidores públicos no podrán ser cesados si cumplen los siguientes requisitos:

- Trabajador haya trabajado por un periodo mayor de 01 año
- Que la naturaleza de las labores que haya realizado sea de naturaleza permanente
- Que no hayan infringido el capítulo IV Obligaciones, prohibiciones y derechos del Dec. Leg N° 276
- Sin perjuicio de los establecido en el art 15 del Dec. Leg. 276

La norma citada exceptúa a) Trabajos para obra determinada; b) Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas administrativas y ocupacionales, siempre que sean de duración determinada; c) Labores eventuales o accidentales de corta duración; y, d) Funciones políticas o de confianza.

Esta norma determina que existe una protección diferenciada al derecho del trabajo. Ello establece que aquellas personas que tienen un período laboral menor a 01 año en actividades de naturaleza permanente, o aquellas que realizan actividades de duración determinada, eventuales o de corta duración o aquellos puestos que son cargos designados como de confianza, carecen de protección al despido o cese.

Es importante mencionar que, en el caso de los trabajadores de confianza, estos dependen de la designación o retiro de esta por parte de quien los contrató. Es decir, la decisión la tiene el empleador mediante una concepción subjetiva de la opción de retiro de la confianza y del despido del cargo que realizaba. Como comentamos, esta puede ser una opción abierta para que se originen actos discriminatorios, ya que la ley faculta en estos casos al poder de dirección del empleador, y por esta característica en la norma puede estar encubriendo la verdadera causa de despido como lo es la situación de embarazo de la trabajadora.

A nuestro concepto, es necesario que el empleador otorgue un fundamento objetivo de porqué tomó dicha decisión y se libere de la responsabilidad al imputar actos que vulneren derechos fundamentales.

Para el caso del Dec Leg. N° 276, los funcionarios públicos y personal que desempeña cargos políticos y de confianza no se encuentran comprendidos en la Carrera Administrativa y, mientras que los demás servidores públicos sí lo están. Para ello, el D.S 005-90-PCM, determina una serie de calificaciones las cuales definen a este tipo de trabajadores, como ejemplo el apoyo directo de asesoría a funcionarios de más alto nivel, funciones de jerarquía que lo relacionan de manera directa con el más alto nivel de la entidad, entre otros (1990, p. 4).

Finalmente, estos trabajadores calificados de confianza son designados por el Alcalde de acuerdo al artículo 12 de la Ley N° 29792 (2003) (Ley Orgánica de Municipalidades) quien es la máxima autoridad quien tiene atribuciones de designar o remover al personal de dicho cargo.

Es en realidad una figura que no determina estabilidad laboral alguna, ya que el retiro de la confianza se reitera tiene carácter subjetivo, lo cual determina que ningún trabajador con cargo político o de confianza tendrá estabilidad laboral de acuerdo con la norma vigente (Ley N° 28175, 2004).

Sin embargo, las incógnitas son las siguientes: ¿Qué sucede con las trabajadoras embarazadas que desempeñan un cargo de confianza?, ¿Estarán

sujetas al carácter subjetivo de la decisión de su empleador de retiro de la confianza?, ¿O quizás el empleador en base a su poder de dirección, haga efectivo el retiro de la confianza encubriendo la verdadera razón “situación de embarazo de la trabajadora” como hecho discriminatorio y con obligación de ser sancionado?

Finalmente, la Casación N°874.2020-Del Santa, se establece como precedente vinculante al desarrollar ampliamente el artículo 2 inc. 4 de la Ley 24041 en cuanto a servidores que desempeñan funciones políticas y servidores que desempeñan cargos de confianza, será establecido para todo aquel que sea designado por aquellos que ostentan cargo políticos y que cumplen labores en relación inmediata con quien los nombra (Corte Suprema de Justicia de la República, 2012, p.). Comprendiendo dentro de este grupo a todos los asesores legales y hasta los choferes, las secretarias y todo aquel que esté en contacto personal y directo con los alcaldes apoyándolos en su labor (Corte Suprema de Justicia de la República, 2012)

De todo ello se desprende, que tanto los funcionarios públicos, como los cargos de confianza, pueden ser designados o removidos (despedidos) sin pago de indemnización alguna, teniendo en cuenta que la decisión la toma la persona que los puso en el cargo y con la cual tienen contacto directo con aquella misma persona que los designó en el cargo. Nuevamente estamos frente a una situación de desprotección del trabajador frente al retiro de la confianza, y ante una situación de especial protección como es el caso de una trabajadora en situación de embarazo torna mucho más agravada.

Protección de la maternidad en el trabajo

La distinción en el trato o trato diferenciado de las mujeres embarazadas se justifica porque estamos frente a situaciones con características distintas. Se ha desarrollado normativa que incentiva la garantía y protección de las trabajadoras embarazadas frente a su estado especial de protección. Es por ello que el despido a trabajadoras embarazadas atendiendo a su condición de madres, madres gestantes o en período de lactancia, es una vulneración al derecho

fundamental de igualdad y no discriminación por sexo en el ámbito laboral (Tribunal Constitucional, Expediente N° 932-2019, 2021)

La protección normativa a nivel nacional también está respaldada a nivel internacional con respecto a la madre embarazada frente a un despido. Para ello, es necesario desarrollar los convenios y garantías internacionales ratificados por la OIT y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en cuanto a la tutela de los derechos de la madre trabajadora y erradicar todo acto discriminatorio y abusivo.

En respaldo a lo indicado, a través del Convenio N° 111 sobre la discriminación, empleo y la ocupación se prohibió la discriminación con motivo de sexo en el empleo y la ocupación. En la misma línea, la Conferencia Internacional del Trabajo, mediante esta resolución se aprobó aspectos sobre la desigualdad de trato y de oportunidades de los trabajadores en el empleo, prescribiendo todo acto de discriminación, calificándola como un detrimento de las relaciones laborales (Organización Internacional del Trabajo, 1958)

El Estado peruano ha ratificado el Convenio 183 de la OIT, el cual establece la protección de la maternidad al prohibir al empleador pueda despedir a la trabajadora embarazada, durante su etapa de licencia y a su retorno, este último de acuerdo lo que la normativa de cada país lo establezca, la prohibición relacionada al despido por motivos de embarazo, sus consecuencias o la lactancia. (Organización Internacional del Trabajo, 2000)

En el caso CEDAW, de manera imperiosa indicó que los Estados deberán tomar las medidas necesarias para lograr el desarrollo de la mujer, más aún en su situación de madre trabajadora. ello con la finalidad de garantizar su ejercicio de goce de los derechos humanos en condiciones de igualdad con el hombre, y con la finalidad de eliminar toda forma de discriminación con la mujer (Organización de las Naciones Unidas, 1979)

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” la cual establece

como derecho de las personas a la estabilidad del empleo y que si se está ante un acto de despido arbitrario el trabajador podrá activar su derecho a la tutela judicial y solicitar la readmisión o la indemnización que corresponda de acuerdo a la legislación interna del Estado (Organización de los Estados Americanos, 1988)

Así también, la Recomendación N° 095 de la OIT (Sobre la protección de la maternidad) en su art IV "Protección del empleo", establece como ilegal que el empleador despidiera a madre embarazada que comunicó su estado de gestación (Organización Internacional del Trabajo, 1952). Ello coordinado con el artículo 6 del Convenio OIT 183, en cuanto a las prestaciones pecuniarias para proteger a las mujeres en el mercado de trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2000).

Frente a toda la normativa expuesta podemos indicar que la protección en el empleo de las madres trabajadoras siempre será objeto de tutela a nivel nacional e internacional. Que, frente al despido por causas de embarazo, gestación, o lactancia, este suceso será un agravante que vulnera de manera directa toda garantía constitucional basada en los derechos fundamentales de la madre trabajadora dentro de la relación laboral.

Para el caso en análisis, es evidente que, debido al estado de embarazo de la trabajadora, la Municipalidad no le renovó el contrato de trabajo, es más este último adujo que la trabajadora ejercía un cargo de confianza lo cual a su entender facilita el término de la relación laboral con sólo el retiro de la confianza. Sin embargo, luego del análisis realizado anteriormente, se determinó que la trabajadora no pudo haber desempeñado un cargo de confianza.

Así mismo, el estado de embarazo de la trabajadora activó la protección especial y la tutela judicial frente a cualquier vulneración de sus derechos en el centro laboral. Así también, la Municipalidad en ningún caso pudo demostrar la causa objetiva del despido, no proporcionó pruebas objetivas de las imputaciones realizadas que determinarían incumplimiento de funciones propias de su cargo, cargo que la Municipalidad no demostró como cargo de confianza.

Es importante precisar que la trabajadora comunicó de manera formal al área de Recursos Humanos de la Municipalidad su estado de embarazo, es decir, la Municipalidad contaba con pleno conocimiento de tal situación. Sin embargo, procedió a la no renovación del contrato, vulnerando de esta manera el derecho fundamental del trabajo y no discriminación por embarazo.

Finalmente, de manera permanente los empleadores hacen uso de su poder de dirección para terminar la relación laboral en los casos en los cuales la trabajadora comunica su estado de embarazo, aduciendo causas que en muchos casos no pueden ser objetivas. Con lo cual, se evidencia el que el motivo de su accionar está relacionado al estado de embarazo de la trabajadora, lo cual determina el despido nulo por vulnerar un derecho fundamental, lo cual está sujeto a sanción.

Conclusión

Para el análisis de la sentencia estudiada, es necesario indicar que estamos bajo la situación de despido de trabajadora del Sector Público en estado de gestación a la cual su empleador le retiró la confianza. Para ello era necesario revisar la diversa normativa del acceso al sector público para este caso, así también, la normativa nacional y los instrumentos internacionales que protegen a las mujeres en estas situaciones especiales de vulnerabilidad.

De esa manera, luego de haber revisado la normativa del Sector Público en cuanto a la contratación del personal que accede a las diversas entidades públicas advertimos que existe toda una normativa desarrollada para que dicho acceso se de manera ordenada, calificada y de acuerdo con las necesidades de cada entidad.

Así también, de ello se desprende que en el Sector Público existe una modalidad excepcional de contratación cuyo acceso no requiere de concurso público. Esta contratación especial para el caso de nuestro informe es el cargo de confianza. Cargo que es asignado por la autoridad máxima de la entidad que la requiere, pero que, sin embargo, se deben cumplir requisitos formales, entre ellos se encuentran: la formalidad de la designación y nombramiento, la comunicación a la entidad superior, todo ello descrito en el desarrollo del informe.

Cabe resaltar, que la única manera de acceder al sector público es cumpliendo aquellos requisitos por los cuales Estado tiene previsto para el debido control de todo el Personal que contratan las diversas entidades.

En base a ello, esta contratación especial como cargo de confianza otorga la posibilidad al empleador de remover al trabajador en cualquier momento, es decir retirarle la confianza y tener como concluido el vínculo laboral sin pago alguno de indemnización o reposición, esta liberalidad del empleador está debidamente normada y con lo cual es viable la desvinculación laboral en este sentido.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la Constitución Política, las normas internas, jurisprudencia y convenios internacionales han desarrollado a la actualidad una especial trato de garantía para la mujer. Es así, que en situaciones de vulnerabilidad como lo es una mujer embarazada el Estado activa sus garantías de protección especial para ellas

Frente a la modernidad y el cambio de la sociedad, la mujer trabajadora cada día más incrementa su porcentaje de participación en el mercado laboral. Es por ello, que la normativa actual se ha alineado a estas situaciones que son dinámicas en el tiempo garantizando la no discriminación de las mujeres en el ámbito laboral. Esta garantía especial se aplica para rechazar en todo acto que vulnere derechos fundamentales de la mujer como la libertad de trabajo y de no discriminación frente a una situación especial como lo es el estado de embarazo.

De acuerdo con lo expresado en la sentencia del Tribunal Constitucional, el empleador no ha podido demostrar de forma objetiva que el despido de la trabajadora en estado de gestación fue debido a causas objetivas diferentes a su propio estado. Más aún, el empleador, haciendo uso de su poder de dirección y catalogando a la trabajadora como de confianza sin poder demostrar objetivamente este cargo, decidió no renovar el contrato de trabajo por incumplimiento de funciones. Sin embargo, la trabajadora comunicó su estado de gestación, pero ello no impidió la decisión del empleador, En esta situación la trabajadora ha visto vulnerado sus derechos y la discriminación por su embarazo por la cual fue afectada causa daño no solo a ella sino a toda la familia de la cual es parte.

Es de suma importancia que se realiaze mediante una oportuna supervisión en todas las entidades del Estado las situaciones especiales por la cual las madres

trabajadoras no vean vulnerados sus derechos fundamentales, ya que su participación en la sociedad es prueba de que pueden representar un gran avance para el mundo porque no solo aportan mano de obra sino forman personas de manera permanente y necesitan desarrollarse como madres, trabajadoras, profesionales como es el derecho de todas las personas.

Bibliografía

Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2012). *Informe Legal N° 418-2012-SERVIR/* GG-OAJ.
<https://www.yumpu.com/es/document/read/48260099/informe-legal-0418-2012-servir-gg-oaj>

Barajas Montes de Oca, S. (1992). *El contrato de trabajo*. México.

Corte Superior de Justicia de Lima (2021). *Sentencia de vista del Expediente N° 3066-2018*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Expediente-3066-2018-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2019). *Casación Laboral N° 14758-2017*.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casaci%C3%B3n-Laboral-14758-2017-Lambayeque-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2019). *Casación Laboral N° 24222-2017*.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/02/Cas.-Lab.-24222-2017-Lima-Norte-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2019). *Casación Laboral N° 25643-2017*.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Cas-25643-2017-Arequipa-confianza-despido-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2016). *Casación Laboral N° 18450-2050*.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e76662004475608796b5de01a4a5d4c>

4/Resolucion_18450-

2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e76662004475608796b5de01a4a5d4c4

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2016). *Casación N° 3106-2016*.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Cas.-Lab.-3106-2016->

Lima-

LP.pdf?_gl=1*xaqvz3*_ga*MTc1ODE2NTc1MS4xNjgyNTY2MjEx*_ga_CQZX6

GD3LM*MTY4ODU5Nzc3Mi45LjEuMTY4ODU5Nzc3Mi4wLjAuMA..

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2012). *Casación N°874-2010*.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/359ad6804f9c4687920cd67aff04da0f/>

CAS+874-

<2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=359ad6804f9c4687920cd67aff04da0f>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2018). *Casación Laboral N° 4396-2017*.

<https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-Laboral-4396->

[2017-Lima-Legis.pe .pdf](2017-Lima-Legis.pe.pdf)

Corte Superior de Justicia de Puno (2018). *Sentencia de vista del Expediente N° 00093-2018-0-2101-SP-CI-01*

Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 2,23,27, (29 de diciembre de 1993).

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_de

I_Peru_1993.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 2 de mayo de 1948.

Decreto Legislativo N° 1023. Reglamento de la Ley N° 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud (20 de junio de 2008).

Decreto Legislativo N° 276. Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (24 de marzo 1984).

Decreto Supremo N° 001-96-TR. Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (28 de enero 1996).

Decreto Supremo N° 005-90-PCM. Reglamento de la Carrera Administrativa (18 de enero de 1990).

Decreto Supremo N° 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Competitividad y Productividad Laboral (27 de marzo de 1997).
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/\\$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf)

Decreto Supremo N° 043-2004-PCM. Aprueban lineamiento para la elaboración y aprobación del Cuadro para Asignación de Personal - CAP de las Entidades de la Administración Pública (18 de junio de 2004).
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ds043-2004.pdf

Decreto Legislativo N° 276. Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (24 de marzo de 1984).
<https://www.gob.pe/institucion/rree/normas-legales/1393-276>

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

Ley N° 28175. Ley Marco del Empleo Público (19 febrero de 2004).

Ley N° 30057. Ley del Servicio Civil (02 julio de 2013).

Ley N° 24041. Los Servidores Públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tenga 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 (27 de diciembre de 1984).

<https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/24041.pdf>

Ley N° 27594. Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos (13 de diciembre de 2001).

Ley N° 27972. Ley Orgánica de Municipalidades (27 de mayo de 2003).

https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publica/capacita/programacion_formulacion_presupuestal2012/Anexos/ley27972.pdf

Montoya, A. (1998). *Derecho del Trabajo*. Tecnos.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio 158, 1982.

Organización Internacional del Trabajo, Recomendación N° 198, 2006.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 111, 1958.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 183, 2000.

Organización de las Naciones Unidas, Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women (CEDAW), 18 de diciembre de 1979.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 095, 1952.

Organización de los Estados Americanos, Protocolo de San Salvador, 17 de noviembre de 1988.

Real Academia Española. (s.f.). Confianza. En *Diccionario de la lengua española* (23a ed.).

Servir, 2010, Informe Legal N° 487-2020-servir/GG-OAJ

Servir, (2010), Informe Legal N° 487-2010-SERVIR/GC-OAJ.

Servir (2012), Informe Legal N°418-2012-SERVIR/GG-OAJ.

Servir (2019), Informe Técnico N°1475-2019-SERVIR/GPGSC.

Servir (2018), Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC.

Servir (2022), Informe Técnico N°1005-2022-SERVIR/GPGSC.

Servir (2018), Informe Técnico N°676-2018-SERVIR/GPGSC.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [07 julio del 2023].

<https://www.rae.es/desen/confianza>

Toyama, J. (2015). El Derecho Individual del Trabajo en el Perú: Un enfoque teórico práctico. *Gaceta Jurídica*, 450-451.

Tribunal Constitucional (2011). *Sentencia del Expediente N° 00575-2011-PA/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00575-2011-AA.html>

Tribunal Constitucional (2018). *Sentencia del Expediente N° 02296-2015-PA/TC*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Expediente-02296-2015-PA-TC-Cusco-LP.pdf>

Tribunal Constitucional (2007). *Sentencia del Expediente N° 03501-2006-PA/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03501-2006-AA.html>

Tribunal Constitucional (2022). *Sentencia del Expediente N° 2748-2021-PA/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02748-2021-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2000). *Sentencia del Expediente N° 991-2000-AA/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/00991-2000-AA.html>

Tribunal Constitucional (2011). *Sentencia del Expediente N° 0575-2011-PA/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00575-2011-AA.html>

Tribunal Constitucional (2008). *Sentencia del Expediente N° 05652-2007-PA/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2005). *Sentencia del Expediente N° 0206-2005-PA/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2021). *Sentencia del Expediente N° 932-2019-PA/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00932-2019-AA.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Pleno.Sentencia 743/2021

EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de julio de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, han emitido, por mayoría, la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo de autos. En consecuencia, **NULO** el despido del que ha sido objeto la demandante.
2. **ORDENAR** que la Municipalidad Provincial de El Collao – Ilave reponga a doña Janeth I. Ramos Maquera en su mismo puesto de trabajo o en otro de similar o igual nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

Los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares declarando improcedente la demanda.

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto que será entregado en fecha posterior.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de julio de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia; con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada; que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Janeth I. Ramos Maquera contra la resolución de fojas 181, de fecha 28 de diciembre de 2018, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de noviembre de 2017, a fojas 37, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de El Collao con la finalidad de que se declare la nulidad de la Carta 116-2017-MPCI/SG.RR.HH, del 29 de octubre de 2017 (f. 24), mediante la cual se le comunicó que solamente laboraría hasta el 31 de octubre de 2017, y que, en consecuencia, se proceda a su reincorporación como subgerenta de la Subgerencia de Transportes y Seguridad Vial de la Gerencia de Desarrollo y Medio Ambiente Subgerencia, bajo el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo 276. Alega que ha sido víctima de un despido nulo ocasionado por causa de su estado de gestación, dado que el 28 de setiembre de 2017 comunicó que se encontraba embarazada, lo que habría motivado que no se le continúe renovando los contratos de trabajo a plazo fijo que estuvo suscribiendo desde el 30 de marzo hasta el 31 de octubre de 2017.

Afirma que también laboró para el municipio demandado del 5 de abril al 31 de diciembre de 2015 y del 2 de febrero al 31 de julio de 2016. Sostiene que se han vulnerado sus derechos al trabajo, a la igualdad, a la no discriminación por motivo de embarazo, al debido proceso, entre otros.

Al respecto, debe evaluarse si tales pretensiones han de ser resueltas por la vía del amparo o si existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria.

Por su parte, a fojas 59, se apersona y contesta la demanda la Sub Gerente de Recursos Humanos de la Municipalidad Provincial de El Collao-Ilave, y solicita que se declara improcedente o, en su defecto, infundada. Refiere que no existió un acto de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

discriminación y que el término del vínculo laboral fue por el vencimiento del contrato. Asimismo, afirma que la demandante era personal de confianza y que por actos imputables a esta fueron procesados judicialmente. En efecto, respecto a esto último asevera que ha ocasionado denuncias contra el municipio y un supuesto perjuicio institucional (fojas 67 a 109).

El Juzgado Mixto de la Provincia de El Collao-Ilave de la Corte Superior de Justicia de Puno, con fecha 10 de abril de 2017, mediante Resolución 3, a fojas 121, declara fundada la demanda. Aduce que mediante Memorandum N° 0162-2016-MPCI/U.RR.HH de fecha 2 de febrero de 2016, se reconoció el desempeño de la denunciante, y que la emplazada tenía conocimiento del estado de gestación; por tanto, la demanda no cumple con acreditar una razón objetiva que justifique la no renovación. Así, se pretende encubrir el acto discriminatorio en el que se incurrió.

La Sala Civil de Puno de la Corte Superior de Justicia, con fecha 28 de diciembre de 2018, mediante Resolución 12, reformando la sentencia de primer grado, declaró infundada la demanda. Precisa que, la demanda se encontraba ocupando un cargo de confianza y que dicho cargo, por su naturaleza, no presenta protección frente al despido arbitrario, en tanto el vínculo se basa en la “confianza de su empleador”.

A fojas 197, la demandante presenta recurso de agravio constitucional, bajo los mismos argumentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. La recurrente solicita que se declare la nulidad de la Carta 116-2017-MPCI/SG.RR.HH mediante la cual se le comunicó el cese del vínculo laboral; y que, por tanto, se proceda a su reincorporación como subgerenta en la Subgerencia de Transportes y Seguridad Vial de la Gerencia de Desarrollo y Medio Ambiente Subgerencia bajo el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo 276. Alega que el término del vínculo laboral con la emplazada transgredió su derecho a la igualdad y no discriminación por razones de género, pues se encontraba embarazada al momento de ocurrido el despido.

Cuestión previa

2. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, y con calidad de precedente, este Tribunal, en referencia al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, expresó lo siguiente:



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia).

3. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que se verifica la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho. En efecto, la demandante alega que fue discriminada en el ámbito laboral, por su condición de madre gestante. Por tanto, toda vez que el artículo 23 de la Constitución establece una especial protección por parte del Estado de la madre trabajadora, el proceso de amparo es el idóneo para resolver la controversia de autos.
4. Asimismo, cabe recordar que las mujeres madres en el ámbito laboral, constituyen un sector que se sitúa en una situación de mayor vulnerabilidad que requiere protección especial por parte del Estado. Como lo ha precisado este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 4):

(...) 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 concierne 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 que el Estado "protege especialmente a la madre (...) que trabaja" (artículo 23).

La participación de las mujeres en el sector público

5. De acuerdo con SERVIR, en el año 2017 el sector público contaba con alrededor de 1 millón 422 mil servidores, de los cuales 47 % eran mujeres.¹ La presencia de la mujer en el servicio civil aumentó de 43 % a 47 % durante el periodo 2004-2017. Hoy, en el sector público, prácticamente 5 de cada 10 servidores son mujeres, frente a 3 de cada 10 en el sector privado formal.²
6. Como dato adicional, la participación de las mujeres en el empleo público según régimen laboral se divide en el siguiente esquema: i) un 30 % de las servidoras públicas están empleadas en los regímenes de carreras especiales (diplomáticos,

¹ SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: [https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf) (consultado el 21 de junio de 2021).

² SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: [https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf) (consultado el 21 de junio de 2021).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

docentes, profesores, médicos, etc.); ii) un 21 % se encuentra empleada bajo el régimen establecido por el Decreto Legislativo 276; iii) mientras que el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) rige al 20 % de servidoras públicas; entre otros.³

7. Frente a esta realidad del empleo público donde existe un porcentaje considerable de servidoras públicas, tanto el legislador como los operadores jurídicos no pueden desconocer la particular situación que presentan las mujeres en el ámbito laboral. En particular, el presente caso advierte una situación recurrente en la administración pública, referida a la situación que presentan las servidoras públicas gestantes y que son madres, frente a actitudes y conductas discriminatorias por parte de algunos empleadores. Y es que, como lo ha señalado la Oficina Internacional del Trabajo, la situación de embarazo de mujeres en edad reproductiva constituye una de las manifestaciones más frecuentes de la discriminación hacia las mujeres en el mundo laboral.⁴
8. Esta realidad parte de cosmovisiones del mundo clásicas de la sociedad y la familia que se vieron reflejadas en el desarrollo y evolución del derecho del trabajo. De esta forma, la tendencia mundial hegemónica hasta fines del XIX y comienzos del siglo XX fue la de prohibir el trabajo remunerado de las mujeres en ciertas situaciones, no solo por razones de maternidad o la presunta menor fuerza física de la mujer, sino por la mentalidad de la época, que la consideraba menos "preparada" que el varón para los trabajos intelectuales y las funciones públicas.
9. En esa medida, la legislación laboral enfatizó el rol de la mujer en el hogar como esposa y madre, desincentivando, a su vez, la contratación de mujeres fuera del hogar. Ello se vio reflejado inclusive en los primeros instrumentos internacionales adoptados sobre la materia. Sin embargo, en el marco del Estado constitucional presidido por el principio de igualdad y no discriminación, se debe garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, también en el ámbito laboral. Ello exige tomar en consideración situaciones objetivas especiales como la maternidad, que evidentemente ameritan una protección distinta (reforzada).
10. Específicamente, sobre la situación de la maternidad, la Organización Internacional del Trabajo ha puntualizado que dicha situación exige la adopción de medidas

³ SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 10. Disponible en: https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe_La_Mujer_en_el_Servicio_Civil_Peruano_2019.pdf (consultado el 21 de junio de 2021).

⁴ OIT. Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: Una cuestión de principios. No discriminación laboral de las mujeres y protección de la maternidad. p. 1. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_220030.pdf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

especiales para garantizar el desarrollo de la mujer en el ámbito laboral:

(...) la protección de la maternidad, plasmada en la prohibición del despido y la concesión de un descanso antes y después de la fecha del parto, es un imperativo permanente. En la práctica, no obstante, la maternidad sigue siendo un factor de discriminación cuando se la tiene en cuenta directa o indirectamente a la hora de la contratación o para poner término a la relación de trabajo. La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginadas del mercado de trabajo.

11. Es bajo este nuevo enfoque que la normativa internacional y nacional vigente brinda una protección especial a la maternidad en el ámbito laboral a través de diversos instrumentos internacionales, como se analizará a continuación.

La protección de la maternidad en el trabajo en la Constitución Política de 1993

12. La Norma Fundamental establece disposiciones que tutelan la situación de maternidad de las trabajadoras.
13. En ese sentido, el artículo 2, inciso 2, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad. De ello se desprende que "(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, **sexo**, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Igualmente, el artículo 26 inciso 1 de la Constitución establece que en la relación laboral se respeta el principio de "Igualdad de oportunidades sin discriminación" (énfasis agregado).
14. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, desarrolló el contenido del principio de igualdad en el ámbito laboral, en los siguientes términos:

35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC 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.

15. En ese entendido, queda claro que el despido de las trabajadoras atendiendo a su condición de madres o por situaciones vinculadas con el ejercicio de la maternidad (como es el caso de la lactancia), configura una vulneración al principio de igualdad de trato en el ámbito laboral.
16. Asimismo, el artículo 23 de la Constitución estatuye lo siguiente: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, **el cual protege especialmente a la madre**, al menor de edad y al impedido que trabajan (...)" (énfasis agregado).
17. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC, ha enfatizado lo siguiente:

15. (...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

18. Asimismo, se puede observar también que el propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la "licencia por maternidad" y el "permiso por lactancia" para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.
19. Así, se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia, proteger el derecho a la igualdad y salud de las mujeres y el derecho a la salud del niño o niña. Ello sin perjuicio del principio de coparentalidad y los diversos tipos de familia (monoparental, biparental, homoparental, etc.).
20. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (sentencias emitidas en los Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).
21. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en el género (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su género, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).
22. La discriminación fundada en el género en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele realizar preguntas basadas en estereotipos de género, tales como el estado civil, también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

27. En este sentido, a este Tribunal no le queda duda que existe una obligación del Estado, que emana de la Constitución, y que consiste en brindar una protección especial a las trabajadoras en situación de maternidad. Esta protección reforzada no debe distinguir el régimen laboral en el que se encuentren.

Del estado actual de la protección en el caso de una mujer en estado de maternidad

28. Además de lo ya precisado *supra* sobre la protección que se desprende del artículo 23 de la Constitución, a la fecha existen diversos instrumentos a nivel internacional, así como en la legislación nacional, en materia de derechos laborales de las madres.
29. El artículo 25 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁵ aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, declara expresamente que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.
30. Asimismo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

31. Además, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen que:

Artículo 1

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)

Artículo 24

⁵ Suscrita y proclamada en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución N° 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.



Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

32. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶ en su artículo 10 inciso 2, reconoce esta especial protección ya en el ámbito laboral:

(...) Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, ***a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social*** [énfasis agregado].

33. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁷ parte en su artículo 1 de definir la expresión "discriminación contra la mujer" como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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.

34. Mientras que en su artículo 11 inciso 2, dicho tratado establece disposiciones específicas dirigidas a proteger la situación de maternidad de las mujeres en el ámbito laboral, entre los que se encuentra la prohibición de despido por razones de embarazo:

(...) A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) ***Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad*** y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública,

⁶ Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley N° 22129, publicado el 29 de marzo de 1978. El instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978, se depositó el 28 de abril de 1978, el mismo que fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario. Vigente desde el 28 de julio de 1978.

⁷ Suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa N° 23432, publicada el 5 de junio de 1982. El instrumento de ratificación del 20 de agosto de 1982, se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.



especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [énfasis agregado].

35. De otro lado, desde 1919 la OIT ha adoptado tres convenios relativos a la protección de la maternidad (el Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad de 1919, el Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad de 1956 y el Convenio núm. 183 sobre la protección a la maternidad del 2000). Al respecto, cabe precisar que la discriminación de la mujer a causa de su maternidad existe en relación tanto con la terminación del empleo, como con el acceso al mismo. Por tanto, las medidas destinadas a salvaguardar el empleo de las trabajadoras embarazadas y a combatir la discriminación basada en la maternidad, forman parte integrante de la protección de la maternidad. Los convenios OIT se han hecho cada vez más exhaustivos en cuanto a la amplitud de la protección que debe ofrecerse.⁸ En ese sentido, ha resaltado lo siguiente:

(...) La protección de la maternidad, cuestión fundamental para la OIT desde sus inicios en 1919, cuando los Estados Miembros adoptaron el Convenio núm. 3, es crucial para promover los derechos, la salud y la seguridad económica de las mujeres y de sus familias, en todas partes. El alcance de la protección de la maternidad, y los derechos anejos, han ido ampliándose con el tiempo, en el Convenio núm. 103, adoptado en 1952, y en el Convenio núm. 183, adoptado en 2000. Junto con las Recomendaciones correspondientes, núm. 95, en 1952, y núm. 191 en 2000, los instrumentos tienen por objeto preservar la salud de la madre y del recién nacido, y proporcionar seguridad en el empleo, en especial, protección contra el despido y la discriminación, y preservar el salario y las prestaciones durante la maternidad, así como el derecho a reincorporarse al trabajo después del parto. Así pues, se trata de que la mujer pueda combinar satisfactoriamente su rol reproductivo y su rol productivo, y de prevenir la desigualdad de trato en el empleo a causa de la capacidad de alumbramiento de la mujer.

36. Ello evidencia la importancia que tiene el tema para dicho organismo supranacional. Ahora bien, dado que el Convenio 183 establece los criterios actualizados referidos a la protección de la maternidad en el ámbito laboral (en tanto revisa las disposiciones del Convenio 103), en aras de concretizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, este Tribunal Constitucional procederá a analizar el mismo en detalle.

⁸ OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. p. 67.



Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

37. El mencionado Convenio de la OIT fue aprobado por esta organización el 30 de mayo del 2000 y ratificado por el Estado peruano mediante Decreto Supremo 012-2016-ER, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de febrero de 2016. Al respecto, cabe enfatizar que es la primera vez que un convenio de la OIT exhorta a los Estados miembros a que adopten las medidas apropiadas para impedir la discriminación en el empleo, en concreto por razones de maternidad, incluido el acceso al empleo.
38. El Convenio 183 OIT tiene por objetivo garantizar la igualdad de oportunidades para todas las madres trabajadoras. En esa medida, parte de señalar en su artículo 2 que sus disposiciones se aplican a "(...) todas las mujeres empleadas, inclusive las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente". Aunque existe la posibilidad de que, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, se pueda excluir a determinadas categorías de trabajadoras de los efectos de la citada convención, con la condición de que esta excepción sea transitoria, además de aplicar de manera progresiva y paulatina los beneficios contemplados en la misma a todas las madres trabajadoras.
39. Los derechos que este tratado internacional confiere a las madres trabajadoras son los siguientes:
- a) *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: destinado a proteger no solo a las mujeres embarazadas sino también a las que están en proceso de lactancia frente a trabajos considerados peligrosos.
 - b) *Licencia de maternidad (artículo 4)*: con una duración mínima de 14 semanas, de las cuales al menos 6 semanas se otorgarán con posterioridad al parto.
 - c) *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: a partir de un certificado médico se deberá otorgar una licencia, antes o después del de maternidad, en caso de enfermedad, complicaciones o riesgo de las mismas como consecuencia del embarazo o parto.
 - d) *Prestaciones pecuniarias y médicas (artículo 6)*: la primera se refiere al tiempo de duración de la licencia de la maternidad, a fin de garantizar a la madre y al hijo un nivel de vida y salud adecuados; mientras que la segunda se refiere a la asistencia prenatal, durante el parto y postnatal, incluida la hospitalización.
 - e) *Protección del empleo y no discriminación (artículos 8 y 9)*: se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, con licencia por maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo hasta por un plazo que determine cada Estado, además de imponer al empleador la carga de la prueba de que el despido realizado en estas condiciones no está relacionado con el embarazo y sus consecuencias. Adicionalmente, se exige a los Estados a que garanticen que la maternidad no constituya una



causa de discriminación en el trabajo, incluyendo el acceso al empleo.
f) Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10): se le reconoce a la mujer el derecho de interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de esta, a efectos de alimentar a su hijo.

40. Es particularmente relevante lo dispuesto en el artículo 8, donde se establece lo siguiente:

1. Se prohíbe al empleador que despid 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 período 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.

41. El artículo en mención establece la prohibición al empleador de despedir a una mujer trabajadora en tres supuestos claramente delimitados, relacionados con el ejercicio de la maternidad:

- a) Cuando esté embarazada.
- b) Durante el goce de su licencia maternal o licencia en caso de enfermedad o complicaciones, o
- c) Después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional.

42. Ello no quiere decir, claro está, que la mujer trabajadora que esté en las situaciones descritas precedentemente no pueda ser finalmente despedida. Y es que el artículo en mención es claro al señalar que es posible que se produzca el despido siempre y cuando éste ocurra por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Al respecto, y 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.⁹

⁹ OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Segunda Edición. 2010, p. 75.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

43. Adicionalmente, 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 (artículo 8.2 del Convenio 183 OIT).
44. Cabe resaltar que el Convenio 183 de la OIT ha sido ratificado por el Perú con la Resolución Legislativa N° 30312, de fecha 21 de marzo de 2015, por lo que sus disposiciones surten todos sus efectos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la Constitución, que establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. No queda pues, sino convenir, en que los contenidos anteriormente reseñados resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.
45. En este sentido, a partir de esta fecha las reglas que se indican en este tratado, referidos al despido de mujeres embarazadas, y que están en armonía con el artículo 23 de la Constitución, deben ser tomadas en cuenta por todos los operadores, tanto en el ámbito público como privado.
46. Por otro lado, en el ámbito nacional, cabe resaltar que el legislador se ha dado cuenta de la especial protección que merece la madre en el ámbito laboral, conforme al artículo 23 de la Constitución, como consecuencia ha aprobado diversas normas de rango infraconstitucional efectivizando este mandato de protección.
47. El artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (DS. 003-97-TR), modificado por el artículo 1 de la Ley 30367, publicada el 25 noviembre 2015, prescribe que es nulo el despido que tenga por motivo, entre otros supuestos:
- (...) e.- El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos 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.
48. Por su parte, la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 27 de



diciembre de 2017, dispone en su artículo 6 lo siguiente:

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

Queda prohibido que la entidad empleadora despidiera o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en **período de lactancia** en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad [énfasis agregado].

49. Como se advierte, esta última ley complementa lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio 138 OIT, en el sentido de que la protección reforzada para las madres trabajadoras se extiende hasta el periodo de lactancia el cual; y, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 27240, es hasta que su hijo o hija cumpla 1 año.¹⁰ Este Tribunal considera que el periodo de lactancia constituye una manifestación del ejercicio de la maternidad, lo que explica que tanto la Constitución como la ley brinden medidas afirmativas especiales a las trabajadoras que presenten dicha situación.
50. Cabe recordar, como hizo hincapié este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 70), que el fundamento constitucional del derecho al permiso por lactancia no solo está constituido por la protección de la familia, de la salud familiar y el contenido del derecho al desarrollo de la personalidad de las mujeres y madres trabajadoras, sino también por el interés superior del niño y el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del sexo y en razón de la situación familiar. En tal sentido, cualquier violación del derecho al permiso por lactancia por parte de cualquier autoridad, funcionario, servidor o persona, en general, da lugar a la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento.
51. De forma resumida, desde la entrada en vigencia del Convenio 183 en el Perú y, asimismo, con la publicación de la Ley 30709, estas serán las reglas que deberán regir cuando se alegue la vulneración de los derechos de una madre en el trabajo, independientemente del régimen en el que se encuentren:

¹⁰ Artículo 1.- Del objeto de la Ley

1.1 La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento.

1.2 La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho establecido en el párrafo precedente.

1.3 El derecho que por la presente Ley se otorga no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

- a) El cese de cualquier trabajadora, entendido como despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora que se encuentre en estado de gestación, se presumirá como un despido nulo que ha tenido como causa su condición de madre.
- b) Para que opere esta presunción, se deberá haber comunicado y acreditado previamente el estado de gestación con el informe médico que corresponda o, en todo caso, que se encuentra en periodo de lactancia.
- c) Queda salvaguardada la facultad del empleador de probar que el despido, terminación o no renovación de contrato obedeció a una causa justa que no tuvo como motivo el embarazo o estado de maternidad.

Análisis del caso concreto

52. Ahora bien, en relación con lo afirmado por la demandante, esto es, que su despido está directamente relacionado con su estado de gestación; se puede observar de fojas 18 a 23 que mediante la presentación de la solicitud de permiso por atención médica queda acreditado que el empleador tomó conocimiento del estado de gestación de la demandante, ya que figura el sello de recepción con fecha 28 de septiembre de 2017. Y que posteriormente, mediante Carta N° 116-2017-MPCI/SG.RR.HH, de fecha 29 de octubre de 2017, se le comunicó el fin del “vínculo laboral”.
53. Cabe tener presente que para la aplicación de las reglas que se han establecido, a la luz del artículo 23 de la Constitución, no puede considerarse como el componente principal el régimen laboral en el que se encuentre la trabajadora.
54. Esto debido a que la discriminación que sufre una mujer trabajadora por el estado de embarazo y las graves consecuencias que una situación como tal acarrea, suceden independientemente del régimen en el que esta pueda encontrarse. Sin embargo, esto no implica que las características específicas del régimen laboral en el que se encuentre, sean irrelevantes para la resolución del caso. Pues, por la naturaleza de cada régimen, la solución a brindarse también tendrá sus propias aristas; por ejemplo, la solución no podría ser igual para una persona en el régimen CAS, o que realiza labores permanentes bajo el régimen 276, que para una trabajadora que se encuentra sujeta a un régimen de confianza.
55. Dicho esto, la primera situación que debe dilucidarse es el régimen en el que se encontraba la trabajadora. Al respecto, esta sostiene lo siguiente, respecto a los periodos laborados:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

“a) Desde el 05 de abril al 31 de diciembre del año 2015, como Jefe de unidad de seguridad ciudadano, Transporte y Circulación vial de lo entidad demandado, ello conforme se tiene, además del certificado de Trabajo expedido por el sub Gerente de Recursos Humanos de fecho 13 de septiembre del 2016, del Memorándum N° 370-2015-MPCI/RR.HH de fecho 05 de abril del 2015 y lo Resolución de Alcaldía N" 438-2015-MPCI/A de fecha 7 de mayo del 2015 expedido por el Alcalde de la Municipalidad;

b) Desde el 02 de febrero al 31 de julio del año 2016 como Sub Gerente de Transportes y Seguridad Vial de la entidad emplazada, conforme se tiene del Certificado de Trabajo emitido por el Jefe de Recursos Humanos de fecha 13 de setiembre de 2016; el memorándum N° 018-2016-MPCI/U.RR.HH de fecha 31 de enero del 2016 y el memorándum N° 0163-2016-MPCI/U.RR.HH de fecha 02 de febrero del 2016; y,

c) Desde el 30 de marzo del año 2017 hasta el 31 de octubre del 2017, conforme se tiene del Memorándum N° 163-2017-MPCI/SG.RR.HH de fecha 30 de marzo de 2017 expedido por el Jefe de Recursos Humanos de la Municipalidad, así como los contratos a Plazo Fijo anexados en copia fedateadas al presente (desde abril a octubre del 2017). Finalizando dicho vínculo laboral con la Carta N° 116-2017-MPCI/SG.RR.HH de fecha 29 de octubre de 2017 expedido por la demandada Jefa de Recursos Humanos de la Municipalidad.

d) Cabe hacer presente que durante el vínculo laboral estuve sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo 276 y conforme al cuadro de asignación de personal, se advierte que en el puesto en el que laboraba no es cargo de confianza y que además no estuve sujeto a sanción administrativa u otro” (sic).

56. Para sustentar lo alegado, adjunta los siguientes medios probatorios:

- a) Resolución de Alcaldía No 438-2015-MPCI/A, de fecha 2 de mayo del 2015, con el que acredita que su designación como Jefe de Unidad de Seguridad Ciudadana, Transporte y Circulación Vial de lo Entidad Emplazada, a partir del 5 de abril del año 2015.
- b) Memorándum N° 370-2015-MPCC-RRHH de fecha 05 de abril del 2015 expedido por el Jefe de la Unidad de Recursos Humanos; con el que acredita que se le comunicó que debía asumir la encargatura señalada anteriormente
- c) Certificado de Trabajo expedido por el Sub Gerente de Recursos Humanos de la Municipalidad Provincial de El Collao; con el que se acredita que laboró desde el 5 de abril del 2015 hasta el 31 de diciembre del mismo año.
- d) Memorándum N° 118-2016-MPCI/U.RR.HH, de fecha 31 de enero del 2016, donde se comunica que se le contrata como Jefe de la Unidad de Seguridad Ciudadana, Transporte y Circulación Vial de la Municipalidad Emplazada, ello a partir del 1 de febrero del 2016.
- e) Certificado de Trabajo expedido por el Sub Gerente de Recursos Humanos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

de la Municipalidad Provincial de El Collao, donde hace constar que laboró en el periodo comprendido entre el 2 de febrero y el 31 de julio de 2016.

- f) Memorandum N° 0162-2016-MPCI/U.RR.HH, de fecha 2 de febrero del 2016, mediante el cual le comunican que la nueva adecuación Estructural Institucional respecto del cargo que ostentaba es de subgerente de Transporte y Seguridad Vial en la Gerencia de Desarrollo Económico y Medio Ambiente de la Municipalidad.
- g) Memorandum N° 153-2017-MPCI/SG.RR.HH, de fecha 30 de marzo del 2017, mediante el cual se le encarga que a partir de dicha fecha debe cumplir funciones de subgerente de Transportes y Seguridad Vial de la Municipalidad demandada.
- h) Contratos de trabajo a plazo fijo desde el mes de abril hasta el 31 de agosto de 2017, celebrados por la recurrente y la demandada Municipalidad Provincial de El Collao, con la que acredita su vínculo laboral en el último periodo.

57. Dichos documentos generan certeza sobre los periodos en los que la demandante alega haber trabajado. Ahora bien, respecto al momento en el que se le comunica la carta N° 116-2017-MPCI/SG.RR.HH, el 29 de octubre de 2017, se pueden apreciar diversos contratos a plazo fijo, desde el 1 de abril hasta el 31 de octubre del 2017.

58. Este Tribunal, al respecto, ha dejado sentado en la sentencia emitida en el Expediente 03501-2006-PA/TC que

12. Nuestra legislación laboral ha regulado la categoría de trabajador de confianza, haciendo una distinción entre personal de dirección y personal de confianza. En ese sentido, la Ley de Productividad Competitividad Laboral (en adelante LPCL) considera que

Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de actividad empresarial.

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

59. Asimismo, ha expresado en los fundamentos 15 y 16 de dicha sentencia, que

15. Para calificar a un trabajador de dirección o de confianza conforme a la legislación actual, se procederá de la siguiente manera:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

- a) Se identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;
- b) Se comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza que sus cargos han sido calificados como tales; y,
- c) Se consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

16. De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado.

60. Este Tribunal considera que para calificar a un trabajador como de confianza o no, se debe identificar previamente los puestos de confianza y de dirección; y luego de ello se le comunicará a los trabajadores que sus cargos han sido calificados como tales.
61. Del análisis de los contratos mencionados en el fundamento 56, *supra*, se puede observar que la base legal del contrato era el régimen del D.L. 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; que tenía la necesidad del servicio de un subgerente de transporte y seguridad vial; que estaba sometido a plazo; y que se establecían las causales de extinción. No se aprecia ninguna referencia de que dicho cargo sea de confianza.
62. La emplazada alega que la terminación de la relación laboral se ha debido al vencimiento del contrato, basándose en las cláusulas de extinción de este; sumado al hecho de que ya no se tenía intención ni la obligación de seguir contratándola, pues la recurrente no habría cumplido con el desempeño de sus funciones, lo que quedaría probado con las diversas denuncias penales en su contra por incumplimiento y omisión de deberes funcionales; asimismo, que existían diversas quejas por parte de los usuarios en contra de la demandante, quien mostraba un rendimiento deficiente que venía empeorando cada vez más, y que hizo que se promuevan en contra de la municipalidad diversos procesos judiciales, lo que ha generado perjuicios económicos, administrativos, etc.
63. De fojas 27 a 38 obra el CAP (Cuadro de Asignación de Personal) de la entidad. Por un lado, se puede observar que lleva el nombre del señor Santos Apaza Cárdenas como alcalde, lo que hace llegar a la conclusión de que dicho CAP estaba vigente en la época en la que ocurrieron los hechos, pues a fojas 4 obra una resolución de alcaldía suscrita por el señor Apaza.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

64. Por otro lado, se puede observar de dicho documento que en una columna se detalla cuándo es que un cargo es de confianza en cada una de las unidades orgánicas de la entidad. Así, en la fila que comprende a la Subgerencia de Transporte y Seguridad Vial, que es la unidad para la que fue contratada la demandante -según el Memorándum N° 0162-2016-MPCI/U.RR.HH (f. 9) y los contratos de Trabajo a plazo fijo desde el mes de abril hasta el 31 de octubre del 2017 (ff. 10 a 17)- que no existen cargos de confianza en dicha unidad orgánica; por lo que queda descartado lo referido a que el cargo de la demandante era de confianza.
65. Ahora bien, la regla c) contenida en el fundamento 51, *supra*, implica que esta protección no opera *ipso jure*. Pues es perfectamente posible que el empleador tenga razones válidas para terminar la relación laboral incluso cuando una mujer se encuentre en estado de gestación o acarreado las consecuencias biológicas que esta situación implica. De este modo, la especial protección actúa en tanto el motivo de terminación de la relación laboral esté vinculado a su estado de maternidad.
66. Por lo tanto, queda salvaguardada la capacidad del empleador de demostrar que la terminación ha tenido otras causas que sean ajenas al estado de gestación o similares.
67. En el presente caso, la emplazada alega principalmente que la falta de renovación del contrato se ha debido al deficiente actuar de la demandante en el desempeño de sus funciones, lo que le habría generado un perjuicio a la entidad. Para acreditarlo, adjunta diversos medios de prueba, como resoluciones y escritos en el marco de procesos judiciales instaurados contra la demandante y la Municipalidad, disposiciones fiscales, etc.
68. Sin embargo, se puede observar que dichos hechos se remontan a los años 2015 y 2016. Por lo que, la emplazada ya tenía conocimiento de estos cuando decidió contratar a la demandante en abril de 2017, para el cargo de subgerente de Transporte y Seguridad Vial.
69. Por esta razón, no puede utilizar dichos hechos para alegar que los procesos iniciados en contra de la entidad fueron la causa de la no renovación de la demandante, pues estos eran de su conocimiento cuando decidió contratarla.
70. La emplazada también refiere que existían diversas quejas de ciudadanos sobre la emplazada y el desempeño de sus funciones. Sin embargo, no adjunta nada que pueda acreditar lo señalado.
71. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que la demandada no ha podido demostrar que la no renovación del contrato haya obedecido a un motivo distinto al de su estado de gestación, a fin de poder desvirtuar la especial protección que le asiste



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

a la demandante, a la luz del artículo 23 de la Constitución.

72. En este sentido, era obligación de la entidad tomar en consideración la especial situación en la que se encontraba la señora Janeth I. Ramos Maquera, por lo que la no renovación de su contrato, en virtud del artículo 23 de la Constitución, debe entenderse como un despido nulo que tuvo como causa su estado de gestación. Por lo tanto, corresponde declarar fundada la demanda, por vulneración del derecho al trabajo y a la igualdad.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo de autos. En consecuencia, **NULO** el despido del que ha sido objeto la demandante.
2. **ORDENAR** que la Municipalidad Provincial de El Collao – Ilave reponga a doña Janeth I. Ramos Maquera en su mismo puesto de trabajo o en otro de similar o igual nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

PONENTE MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

La demandante alega que ha sido víctima de un despido nulo ocasionado por causa de su estado de gestación dado que el 28 de setiembre de 2017 comunicó que se encontraba embarazada, lo que habría motivado que no se le continúe renovando los contratos de trabajo a plazo fijo que estuvo suscribiendo desde el 30 de marzo hasta el 31 de octubre de 2017.

Sin embargo, a partir de los medios probatorios adjuntados, no es posible determinar que la no renovación de su contrato tenga por motivo su estado de gestación, y no el vencimiento del plazo contractual, teniendo en cuenta –entre otros aspectos–, que luego que la actora habría comunicado a la emplazada respecto a su estado de gestación (ff. 18 a 23), la Municipalidad Provincial de El Collao aún volvió a contratarla en octubre de 2017 (f. 16). De otro lado, la parte demandada afirma que optó por no contratarla en noviembre de 2017 porque la actora no habría desarrollado sus funciones de manera diligente y responsable, ocasionando denuncias contra el municipio y un supuesto perjuicio institucional, adjuntando para ello los documentos que obran de fojas 67 a 109.

Por lo expuesto, al no haberse acreditado en autos un despido nulo por causa de estado de gestación de la demandante, paso a exponer mi posición sobre la estabilidad laboral en la Constitución y el despido denominado arbitrario.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al “derecho de estabilidad en el trabajo”, como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la *“ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹¹.

¹¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa¹².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).
4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

¹² Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de **ordenar el pago de una indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización ¹³.

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras

¹³ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 –afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.–, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente¹⁴.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

¹⁴ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00932-2019-PA/TC
LIMA
JANETH I. RAMOS MAQUERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, debo expresar mi desacuerdo con lo resuelto en el presente caso.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye el derecho a la reposición; en la perspectiva constitucional, el derecho al trabajo no es lo mismo que el derecho al puesto de trabajo. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo debe ser entendido como la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público. Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición. La proscripción constitucional de la reposición incluye a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público. El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió a la promulgación de la Constitución.

Lamentablemente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la Constitución— equiparó el despido que ella denomina arbitrario solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó injustificado. De esta manera, resucitó la reposición como medida de protección frente al despido nulo. Este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante el caso Sindicato Telefónica (2002), en el que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario. Ninguna otra decisión del Tribunal Constitucional ha tenido una incidencia directa más negativa que esta en nuestra economía.

Por demás, en la perspectiva constitucional, el Estado debe respetar el derecho al trabajo incluso en una emergencia sanitaria. No puede impedirse a las personas ganarse la vida pretendiendo salvárselas con medidas de dudosa eficacia.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA