



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



## Pleno. Sentencia 494/2021

EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA HUAMAN

### RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 25 de marzo de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini y Ramos Núñez han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que resuelve declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 01157-2019-PA/TC.

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

Los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron votos singulares, coincidiendo en declarar improcedente la demanda.

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

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de marzo 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 Ramos Núñez y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Greisy Lisette Cueva Huamán contra la resolución de fojas 409, de fecha 26 de diciembre de 2018, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 2 de febrero de 2018, la recurrente interpone demanda de amparo contra Technology Outsourcing S.A.C. y el Banco Financiero del Perú, con el objeto de que se deje sin efecto el despido nulo del que fue objeto debido a su estado de gestación; y que, en consecuencia, se la reincorpore en el cargo que ocupaba dentro del banco demandando, y se ordene el pago de las costas y costas del proceso. La accionante argumenta que ingresó a prestar servicios en las instalaciones del banco demandado el 24 de junio de 2016, como *process associate* (representante financiero), por intermedio de la empresa tercerizadora Technology Outsourcing S.A.C., pero que, en los hechos, y en virtud del principio de primacía de la realidad, laboró directamente para el banco demandado, bajo subordinación y dependencia, pues efectuaba una labor de carácter permanente, por lo que se configuró entre ambos un vínculo laboral a tiempo indeterminado. Asimismo, manifiesta que el contrato de tercerización entre el Banco Financiero del Perú y Technology Outsourcing S.A.C. se desnaturalizó, y que, por ende, también, se desnaturalizaron los contratos de trabajo sujetos a la modalidad por inicio de actividad que suscribió con esta última empresa. Sostiene que fue despedida luego de que comunicara su estado de gravidez, lo que evidencia que en su caso existió un despido discriminatorio. Alega la violación de sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y a la protección contra el despido arbitrario.

La representante del Banco Financiero del Perú formula la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, y contesta la demanda aseverando que en ningún momento mantuvo un vínculo laboral con la demandante, pues esta era trabajadora de Technology



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

Outsourcing S.A.C.. Agrega que no existe prueba alguna de la desnaturalización de la tercerización laboral, y que si la demandante prestaba servicios dentro de sus instalaciones como recibidor-pagador, era en virtud del contrato de tercerización válidamente suscrito entre su representada y Technology Outsourcing S.A.C. desde el año 2015, por lo que no puede pretender que se ordene su reincorporación en el banco, al no haber sido su empleador. Afirma que tampoco corresponde afirmar que fue víctima de discriminación por razón de su estado de gravidez, toda vez que el banco, al no mantener un vínculo laboral con la actora, no tenía injerencia sobre la contratación de la demandante, ni mucho menos tuvo conocimiento de la referida situación. Finalmente indica que la controversia debe ser dilucidada en un proceso que cuente con etapa probatoria.

La representante de Technology Outsourcing S.A.C. formula denuncia civil y contesta la demanda. Argumenta que la demandante no fue despedida por encontrarse embarazada sino por vencimiento del plazo de su contrato de trabajo sujeto a la modalidad por inicio de actividad, en diciembre de 2017. Refiere que no se continuó renovando el contrato de trabajo temporal de la recurrente por cuanto se produjo una reestructuración empresarial, y, además, porque la demandante no estaba cumpliendo adecuadamente con sus funciones, conforme a los numerosos correos electrónicos que ofrece como medio probatorio. Señala también que la contratación de la demandante se produjo en el marco del contrato de tercerización celebrado con el Banco Financiero del Perú, y niega que la actora haya comunicado sobre su estado de gravidez. La codemandada manifiesta que en su nómina de trabajadores existen mujeres que laboran estando embarazadas, lo cual evidencia que la empresa no tiene como política cesar a sus trabajadoras por dicho motivo.

El Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, con fecha 22 de mayo de 2018, declara improcedente la denuncia civil, y mediante resolución 6 declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado Banco Financiero del Perú. Posteriormente, con fecha 6 de setiembre de 2018, declara fundada la demanda y ordena la reincorporación de la actora en el Banco Financiero del Perú, por considerar que se ha acreditado la desnaturalización de la tercerización laboral, debido a que la recurrente prestó servicios a favor del banco demandado, quien en los hechos se comportó como su empleador, pues la actora debía obedecer a sus instrucciones y ejercía su poder de dirección.

La Sala revisora revoca la apelada y declara infundada la demanda, por estimar que en autos no está probada la desnaturalización del contrato de tercerización, toda vez que no se acredita que la accionante hubiera estado subordinada al banco demandado ni se observa la ausencia de recursos financieros, técnicos y materiales de la empresa Technology Outsourcing S.A.C., entre otros elementos característicos de la tercerización.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

El *ad quem* considera que no existe prueba que acredite que los codemandados tuvieron conocimiento del estado de gravidez de la recurrente.

La demandante interpone recurso de agravio constitucional. Alega que no se ha tomado en consideración que su estado de gestación era evidente, por lo que las codemandadas no pueden sostener que desconocían tal situación.

## FUNDAMENTOS

### Análisis del caso concreto

#### Argumentos de la parte demandante

1. La demandante refiere que ingresó a laborar al Banco Financiero del Perú por intermedio de la empresa de tercerización Technology Outsourcing S.A.C. el 24 de junio de 2016, en el cargo de *process associate* (representante financiero), y que dicha relación fue aparente, toda vez que ha laborado en forma efectiva para el banco demandado. Alega que en la prestación de sus servicios han concurrido los elementos esenciales del contrato de trabajo, y que en virtud del principio de primacía de la realidad tiene vínculo laboral con contrato a plazo indeterminado con el banco demandado, por lo que solamente podía ser cesada por ella invocando una causa justa de despido prevista en la ley. Aduce que fue víctima de un despido nulo por razón de su estado de gravidez, con lo cual se vulnera sus derechos al trabajo, a la igualdad y a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

#### Argumentos de la parte demandada

2. La representante del Banco Financiero del Perú alega que no ha tenido relación laboral alguna con la accionante, y que no existe ningún medio probatorio que acredite la desnaturalización de la relación laboral mantenida por la recurrente con Technology Outsourcing S.A.C., ni mucho menos que se haya desnaturalizado el contrato de tercerización entre esta empresa y su representada.
3. La representante de Technology Outsourcing S.A.C. argumenta que la actora fue cesada porque venció el plazo establecido en su último contrato de trabajo sujeto a modalidad por inicio de actividad, y que este, a su vez, tuvo sustento en el contrato de tercerización que suscribió en el año 2015 con el Banco Financiero del Perú, en virtud del cual fue desplazada a sus instalaciones para prestar los servicios para los cuales fue contratada. Afirma que la demandante no comunicó que se encontraba



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

gestando, por lo que no existen pruebas de que su cese haya obedecido a dicha situación.

### **Consideraciones del Tribunal Constitucional**

4. El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; mientras que su artículo 27 preceptúa que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

### **Respecto al despido nulo alegado por la parte demandante**

5. En el presente caso, la demandante solicita que se ordene su reposición laboral en el Banco Financiero del Perú por haber sido objeto de un despido nulo, toda vez que alega que su cese respondería a su estado de gestación. En ese sentido, corresponde a este Tribunal analizar en primer lugar si, efectivamente, el despido de la demandante tuvo como causa su embarazo.
6. Sobre el tema de la discriminación laboral por motivos de gravidez, se ha establecido en la Sentencia 05652-2007-PA/TC que las decisiones extintivas basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indubitablemente, una discriminación directa por razón de sexo, proscrita en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.
7. Para declarar nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, lesivo del derecho a la no discriminación por razón de sexo, es menester la acreditación del previo conocimiento del estado de gestación por parte del empleador que despide o el requisito de la previa notificación documentada de dicho estado por la trabajadora al empleador.

En este sentido, el inciso “e” del artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR prescribe que el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al nacimiento, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido.

8. Al respecto, se debe también precisar lo estipulado en la Ley 30709, ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, en cuyo artículo 6 se establece lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

**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.

9. Conforme se expone en la demanda, la recurrente prestó servicios como *process associate* (representante financiero) desde el 24 de junio de 2016 hasta el 29 de diciembre de 2017, periodo en el cual suscribió contratos de trabajo sujetos a modalidad por inicio de actividad con la empresa Technology Outsourcing S.A.C. (f. 3, 9, 13 a 15, 19 y 180), ello en mérito al contrato de tercerización celebrado entre esta última y el Banco Financiero del Perú, el cual, según afirma la demandante, se había desnaturalizado, por lo que en los hechos era un trabajadora del banco demandado.
10. De autos se advierte que el estado de gestación de la demandante se habría iniciado cuando ya se encontraba vigente el último contrato de trabajo a plazo fijo suscrito entre ella y la codemandada Technology Outsourcing S.A.C., el mismo que inició en julio de 2017 y cuyo plazo de vencimiento era el 29 de diciembre de 2017. Asimismo, si bien la demandante afirma que las emplazadas ya tenían conocimiento de su estado de gestación, debe precisarse que en autos no obra documentación alguna que acredite que las emplazadas, antes de la extinción de la relación laboral de la demandante, conocían de ello, pues no existe ningún medio de prueba que demuestre de modo fehaciente que la recurrente haya puesto en conocimiento de las demandadas el certificado de fecha 28 de octubre de 2017, que obra a fojas 16. Por tanto, no puede concluirse indubitadamente que la recurrente haya sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo y que la decisión de no renovar el contrato haya estado vinculada con su estado de gravidez, más aún si, como sostiene la codemandada Technology Outsourcing S.A.C., la actora venía siendo objeto de llamadas de atención en el ejercicio de sus funciones, para lo cual adjunta los correos electrónicos que obran de fojas 193 a 217.

**Respecto a la desnaturalización de la contratación temporal de la parte demandante y su pedido de reincorporación como trabajadora a plazo indeterminado**

11. A fojas 63 de autos obra el Contrato marco de tercerización de áreas de operaciones y tecnología, celebrado en el año 2015 entre el Banco Financiero del Perú y Technology Outsourcing S.A.C., cuya cláusula cuarta establece:

Las Partes han acordado conformar una alianza estratégica a efectos de conseguir a través de la tercerización de los Servicios la transformación de los procesos y servicios del BANCO buscando que los mismos sean más eficientes, de menores costos y de mayor



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

calidad en el menor tiempo. Por ello, las Partes acuerdan que en los Anexos del Contrato se establecerán metas concretas y medibles para obtener dicha transformación [...]. Es así que, el BANCO contrata a TCS para que ésta, con sus propios recursos humanos y bajo su exclusiva cuenta, responsabilidad y riesgo, preste los servicios, bajo las condiciones de este Contrato y siguiendo los propósitos mencionado en los párrafos anteriores, empleando para ello la Plataforma tecnológica bajo los lineamientos acordados con el BANCO [...].

12. Además, a fojas 180 obra el contrato de trabajo bajo la modalidad por inicio de actividad celebrado en junio de 2016, entre la actora y Technology Outsourcing S.A.C., que en su cláusula primera y segunda expresa lo siguiente:

**PRIMERO: Antecedentes y Causa objetiva.-**

EL EMPLEADOR es una persona jurídica constituida en el Perú cuyo objeto social consiste en dedicarse a la prestación de servicios de tecnología de la información, tales como la consultoría, mantención, soporte, outsourcing o tercerización, entre otros.

EL EMPLEADOR requiere contratar temporalmente los servicios de una persona con conocimientos y experiencia en las actividades que desarrolla, para que ocupe el puesto de **Process Associate**, a fin de cubrir las necesidades coyunturales de recursos humanos originadas por el inicio de actividad de EL EMPLEADOR, la misma que se inició con fecha 20 de octubre de 2015.

**SEGUNDO: Objeto.-**

Por el presente documento y en virtud de la causa objetiva descrita en la cláusula precedente, EL EMPLEADOR contrata temporalmente y bajo la modalidad antes descrita a EL TRABAJADOR y este acepta su contratación, para que se desempeñe como **Process Associate**, de acuerdo a los términos y condiciones señalados en el presente contrato y bajo los lineamientos y las directivas a ser impartidas durante la relación laboral.

13. Ley 29245 regula los servicios de tercerización en los siguientes términos:

**Artículo 2.- Definición**

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

[...]

**Artículo 3.- Casos que constituyen tercerización de servicios**

Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.

**Artículo 4.- Desplazamiento de personal a la empresa principal**

Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

**Artículo 5.- Desnaturalización**

Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y *que impliquen una simple provisión de personal*, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes. (Énfasis agregado).

14. Por su parte, el artículo 5 del Reglamento de la Ley 29245, aprobado mediante el Decreto Supremo 006-2008-TR, establece:

**Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización**

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

- a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.
- c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

*La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.*

15. Asimismo, el artículo 4 del Decreto Supremo 003-2002-TR -que establece disposiciones para la aplicación de la Ley 27626, que regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores-, prescribe, con las incorporaciones dispuestas por el Decreto Supremo 020-2007-TR, lo siguiente:

**Artículo 4.- De la tercerización de servicios**

No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC

PIURA

GREISY LISETTE CUEVA

HUAMAN

procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

[...]

#### **Artículo 4-B.- Desnaturalización**

La contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4 del presente decreto supremo, o que implique una simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.

#### **Artículo 4-C.- Garantía de derechos laborales**

Los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, conforme al artículo 79 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo 003-97-TR, tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto de su empleador.

Los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, cualquiera fuere la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tienen respecto de su empleador derecho a la libre sindicación, negociación colectiva y huelga; a la indemnización por despido arbitrario, a la indemnización por resolución arbitraria del contrato sujeto a modalidad, reposición por despido nulo y el pago de remuneraciones devengadas, cuando corresponda.

[...]

16. De las normas glosadas en los fundamentos *supra*, se advierte que, en los contratos de tercerización, la subordinación laboral -que constituye un elemento esencial de la tercerización- queda establecida de manera exclusiva entre el trabajador y la empresa tercerizadora, ya sea mediante un contrato de trabajo a plazo indeterminado o un contrato de trabajo sujeto a modalidad. Asimismo, la desnaturalización de un contrato de trabajo modal no está considerada como causal de desnaturalización de la tercerización, pues en sí constituye una desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad celebrado entre la empresa tercerizadora y el trabajador, por lo que, de ser el caso, el trabajador desplazado podría demandar en la vía correspondiente su reposición laboral en la empresa tercerizadora.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

17. En efecto, la legislación establece causales de desnaturalización de la tercerización, cuya consecuencia es que se reconozca la existencia de una relación laboral entre el trabajador y la empresa principal -que es la que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora-, pero en los supuestos en que la empresa tercerizadora no cumpla los requisitos establecidos para dicha figura contractual, como son asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo; contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; ser responsable de los resultados de sus actividades; mantener autonomía empresarial en relación con la empresa principal; y que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. También se presenta dicha situación cuando se cancela el registro de la empresa tercerizadora en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, por haberse acreditado la desnaturalización de la tercerización, en cuyo supuesto se imputa la relación laboral a la empresa principal.
18. En el presente caso, este Tribunal Constitucional considera que en autos no se ha acreditado de manera fehaciente que se configure una de las causales de desnaturalización de la tercerización contemplada por las normas que regulan dicha figura contractual, pues no existen medios probatorios que acrediten tal situación.
19. Tampoco obra en autos instrumental probatorio que permita verificar que la empresa tercerizadora no cumplió los requisitos establecidos para brindar el servicio de tercerización precisados en los fundamentos precedentes, y que, como consecuencia de la desnaturalización de dicho servicio, existió una relación laboral directa entre la demandante y el Banco Financiero del Perú. Es más, todo el material probatorio desplegado a lo largo del proceso solo acredita la relación laboral de la accionante con Technology Outsourcing S.A.C.; por ejemplo: los contratos de trabajo sujetos a la modalidad por inicio de actividad (fojas 3, 9 y 180), las boletas de pago (fojas 13 a 15), la hoja de liquidación de beneficios sociales (fojas 19), y la carta del 20 de diciembre de 2017 (fojas 17).
20. De otro lado, en autos tampoco está acreditada la desnaturalización de los contratos de trabajo temporales sujetos a la modalidad por inicio de actividad, pues conforme se expuso en el fundamento 13, *supra*, Technology Outsourcing S.A.C. inició sus labores en octubre de 2015, motivo por el cual, y en mérito al contrato de tercerización suscrito en el año 2015 con el Banco Financiero del Perú, contrató a la demandante bajo la referida modalidad laboral por un periodo inferior a los 2 años. Sobre el particular, el artículo 57 del Decreto Supremo 003-97-TR preceptúa que:

El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.”.

21. Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso no se ha acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, por lo que no procede estimar la demanda.

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

#### HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo, porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados por la parte demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ**

**MIRANDA CANALES**

**BLUME FORTINI**

**RAMOS NÚÑEZ**

**PONENTE BLUME FORTINI**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto porque, si bien comparto lo finalmente resuelto por mis colegas, estimo relevante formular algunas precisiones a las consideraciones expuestas en la ponencia.

En el caso de autos, la recurrente solicita que se deje sin efecto el despido nulo del que fue objeto debido a su estado de gestación; y que, en consecuencia, se la reincorpore en el cargo que ocupaba dentro del banco demandando.

Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha desarrollado la protección de las trabajadoras embarazadas, incluyendo a las contratadas bajo el régimen CAS, en los supuestos de despidos nulos. Sin embargo, dicha jurisprudencia no resulta aplicable al presente caso, pues no se ha acreditado en autos que el empleador haya tenido conocimiento del embarazo de la actora antes de la extinción de su relación laboral. Todo lo contrario, de fojas 193 a 217, obran correos electrónicos en los que se consignan llamadas de atención del empleador a la demandante, referidas al ejercicio de sus funciones. En tal sentido, no podría concluirse que el cese laboral de la recurrente tuviera como motivo su estado de embarazo; razón por la cual no se advierte la existencia de una situación de discriminación en perjuicio de la recurrente.

S.

**RAMOS NÚÑEZ**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

### 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.

En el presente caso, la recurrente interpone demanda de amparo contra Technology Outsourcing S.A.C. y el Banco Financiero del Perú, con el objeto de que se deje sin efecto el despido nulo del que fue objeto debido a su estado de gestación; y que, en consecuencia, se la reincorpore en el cargo que ocupaba dentro del banco demandando, y se ordene el pago de las costas y costas del proceso.

A fojas 180 obra el contrato de trabajo bajo la modalidad por inicio de actividad celebrado en junio de 2016, entre la actora y Technology Outsourcing S.A.C. en donde se precisa: “EL EMPLEADOR requiere contratar temporalmente los servicios de una persona con conocimientos y experiencia en las actividades que desarrolla, para que ocupe el puesto de Process Associate, a fin de cubrir las necesidades coyunturales de recursos humanos originadas por el inicio de actividad de EL EMPLEADOR, la misma que se inició con fecha 20 de octubre de 2015.”

Al respecto, el artículo 57 del Decreto Supremo 003-97-TR preceptúa que:

El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años.

Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.”.

De los contratos de trabajo sujetos a la modalidad por inicio de actividad (fojas 3, 9 y 180), las boletas de pago (fojas 13 a 15), la hoja de liquidación de beneficios sociales (fojas 19), y la carta del 20 de diciembre de 2017 (fojas 17) se advierte que la demandada Technology Outsourcing S.A.C. inició sus labores en octubre de 2015, y en mérito al contrato de tercerización suscrito en el año 2015 con el Banco Financiero del Perú, contrató a la demandante bajo la modalidad por inicio de actividad por un periodo inferior a los 2 años, período que se encuentra dentro del máximo permitido por el Decreto Supremo 003-97-TR.

Ahora bien, en relación con lo afirmado por la demandante, esto es, que su despido está relacionado a su condición de gestante, conviene precisar que, no se observa en autos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

documentación alguna que acredite que las emplazadas, antes de la extinción de la relación laboral de la demandante, conocían de ello, pues no existe ningún medio de prueba que demuestre de modo fehaciente que la recurrente haya puesto en conocimiento de las demandadas el certificado de fecha 28 de octubre de 2017, que obra a fojas 16. Sin perjuicio de ello, según los documentos fojas 3, 9 y 180, el último contrato que suscribieron la actora y Technology Outsourcing S.A.C inició en julio de 2017 y tenía como fecha de término el 29 de diciembre del mismo año, es decir que meses antes de que la demandada pudiera haber tenido conocimiento del estado de gestación de la demandante, ambas partes habían pactado como fecha de vencimiento del último contrato, el 29 de diciembre de 2017. Así, si bien la demandante alega lo contrario; ello no se puede corroborar con certeza a partir de los medios probatorios obrantes en autos. Por lo que, no podría concluirse que el cese laboral de la recurrente se haya debido a una decisión arbitraria que haya tenido como motivo su estado de gravidez y no el cumplimiento del plazo contractual acordado por ambas partes.

Por lo expuesto, al no haberse acreditado en autos un despido nulo en razón de la condición de gestante 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 legislativo<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa<sup>2</sup>.

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:

---

<sup>2</sup> Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

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 <sup>3</sup>.

### **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

---

<sup>3</sup> 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 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras 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 urgente<sup>4</sup>.

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.

<sup>4</sup> Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

S.

**FERRERO COSTA**

LPDERECHO.PE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

debe ser entendido como la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo arbitrario, englobó tanto al despido nulo como al injustificado de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, arbitrario es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó arbitrario solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó injustificado.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido nulo no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

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

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

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

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

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

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

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

S.

**SARDÓN DE TABOADA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01157-2019-PA/TC  
PIURA  
GREISY LISETTE CUEVA  
HUAMAN

### **VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas, en la medida que considero que la presente demanda resulta **IMPROCEDENTE**.

Y es que, si bien existe jurisprudencia sobre despido de mujeres embarazadas, e incluso en supuestos referidos a trabajadoras CAS, lo cierto es que en el presente caso la recurrente ha traído al amparo un asunto complejo, relacionado con la supuesta desnaturalización de su contrato de locación de servicios, y en donde, a todas luces, se requiere de una etapa probatoria compleja (artículo 9 y 5.2 del Código del Procesal Constitucional).

Asimismo, no ha acreditado que su empleador conocía de su estado de su gravidez, lo cual es condición para que exista un despido basado en la causa que alega (artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional).

S.

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

LPDERECHO