

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Nulidad de despido por embarazo: análisis de la protección
judicial a partir del establecimiento de doctrina
jurisprudencial y de la aplicación modificada del precedente
Huatuco

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

Mariajose Iraola Collazos

ASESOR:
Manuel Gonzalo De Lama Laura

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, DE LAMA LAURA, MANUEL GONZALO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado **“Nulidad de despido por embarazo: análisis de la protección judicial a partir del establecimiento de doctrina jurisprudencial y de la aplicación modificada del precedente Huatuco”**, del autor IRAOLA COLLAZOS, MARIAJOSE, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 17%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- 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, 11 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> DE LAMA LAURA, MANUEL GONZALO	
DNI: 42890241	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7286-8621	

RESUMEN

El presente informe analiza si el mecanismo de protección otorgado por la Sala frente a un caso de nulidad de despido por embarazo cumple con los parámetros legales, constitucionales y convencionales dirigidos a proteger a la maternidad y sus efectos. Ello teniendo en cuenta que la Sala, a través del planteamiento de doctrina jurisprudencial y la aplicación modificada de un precedente usado para casos de despidos incausados (precedente Huatuco) pretende brindar dicha protección.

En dicho análisis se ha tomado en consideración el marco de protección internacional que se otorga al fuero maternal, a fin de que –a través de desarrollos normativos avanzados– se pueda comprender la relevancia de dicha protección.

Frente a ese hecho, se evidencia una falta de conciencia social respecto a una discriminación histórica y estructural que, dejando de lado también los estándares internacionales, no ha sido considerada en el análisis de la Sala, generando así una serie de afectaciones a los derechos fundamentales de la trabajadora afectada. Dicha situación se agrava al notar que es a través de las instituciones del Estado que se genera dicha vulneración, olvidando así el rol de garante del Estado frente al goce efectivo de los derechos fundamentales que tiene este y generando una carencia de tutela a la trabajadora afectada.

Palabras clave

Maternidad, despido nulo, discriminación histórica, embarazo.

ABSTRACT

This research analyzes whether the protection mechanism granted by the Chamber in a case of null dismissal due to pregnancy complies with the legal, constitutional and conventional parameters, which seek to protect maternity and its effects. The Chamber intends to provide protection, creating jurisprudential doctrine and partially applying a precedent used for cases of unjustified dismissals (Huatuco precedent).

In this analysis, the international protection framework granted to maternity has been considered, so that –through advanced regulatory developments– the relevance of protection is understood.

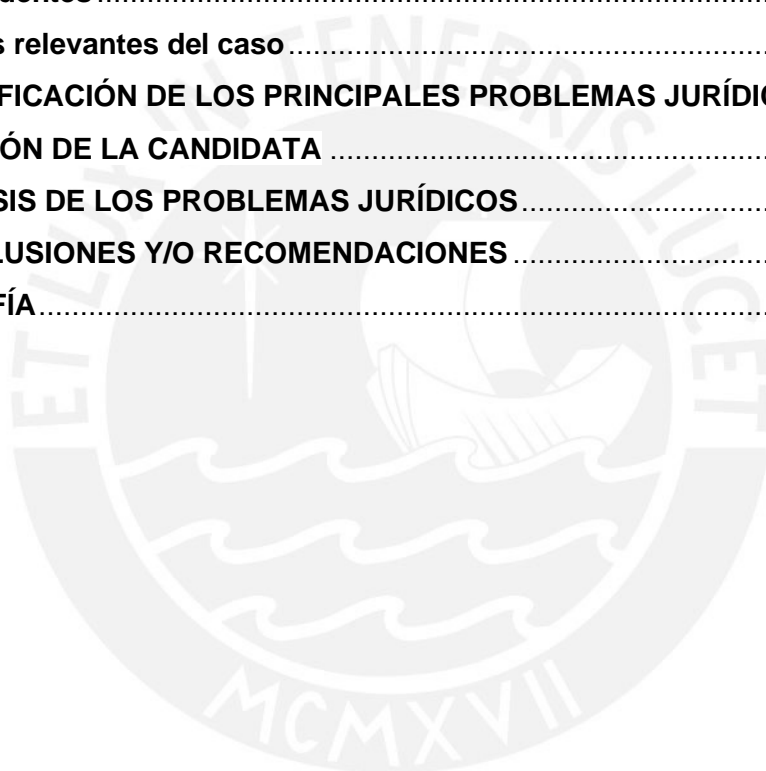
Here there is a lack of social awareness regarding historical and structural discrimination that, also leaving aside international standards, has not been considered in the analysis of the Chamber, thus generating a series of violations of the fundamental rights of the affected worker. This situation is aggravated by noting that it is through State institutions that this violation is generated, forgetting the role of guarantor of the State and not protecting the affected worker.

Keywords

Maternity, null dismissal, historical discrimination, pregnancy

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
I.1. Justificación de la elección de la resolución	6
I.2. Presentación del caso y análisis	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	10
II.1. Antecedentes	10
II.2. Hechos relevantes del caso	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	15
IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	16
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	19
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	41



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Casación Laboral N°30535-2019-LIMA
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Laboral, Constitucional
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Expediente N°05057-2013-PA/TC
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Kelly Antonia Jara Torres
DEMANDADO/DENUNCIADO	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Instancia Jurisdiccional
TERCEROS	No aplica
OTROS	No aplica

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

Actualmente, podemos notar que, si bien existen avances respecto a la brecha entre hombres y mujeres en la participación laboral, aún se tienen algunas diferencias que llaman la atención. Algunas de estas diferencias son, por ejemplo, la referida a la ocupación de los puestos de dirección o la diferencia salarial por motivos de género. Así, en términos de Avolio y Di Laura, si bien la brecha de participación laboral entre ambos géneros ha disminuido debido al aumento del empleo femenino y a la disminución de la tasa masculina de participación, aún persisten diferencias” (2017, p. 38). No obstante, como es fácil descifrar, luego de la ocurrencia de la pandemia ocasionada por el Covid-19, al haberse intensificado el trabajo de cuidado, se ha generado una disminución de la fuerza laboral femenina en el mercado de trabajo, toda vez que este tipo de cuidado se encuentra altamente feminizado.

Partiendo de esa idea, me surge la siguiente interrogante: ¿la maternidad podría considerarse también un factor generador de esta situación diferenciada de las mujeres y hombres en el trabajo? La respuesta a esa pregunta considero que es “sí”, ya que, históricamente, la maternidad ha sido vista como una barrera para el crecimiento profesional de las mujeres y para el ejercicio del derecho de acceso al empleo, en el sentido de que, por un lado, el costo de la maternidad para las organizaciones es alto, debido al periodo de ausentismo; y, por otro lado, aún se sigue considerando que el rostro del cuidado debe de ser femenino y no apostamos por un esquema de corresponsabilidad parental, lo que, a su vez, consagra la idea de la evanescencia de la mujer a la esfera privada.

En ese sentido, considero importante analizar la presente Casación por dos motivos: por un lado, al momento de declarar la nulidad del despido, establece doctrina jurisprudencial sobre el tratamiento de los despidos por maternidad y, en parte, simplifica el camino para alcanzar la protección del derecho al trabajo de la madre trabajadora; sin embargo, por otro lado, si bien la Sala actúa como se ha detallado, procede también a aplicar un uso modificado del precedente Huatuco para casos de nulidad de despido, afectando, en ese sentido, el derecho al trabajo y a la no discriminación de mujeres que, trabajando en el sector público, han sido víctimas de despidos nulos por el simple hecho de encontrarse en estado de gestación.

Así, considero que la aplicación modificada de este precedente resulta contraria no solo a la protección constitucional que le brinda el Estado a la madre trabajadora, sino también a una serie de normas internacionales, referidas a la protección de la mujer y de la maternidad. En ese sentido, a través del análisis de la presente Casación, considero que se podrá evidenciar si es que es viable

la aplicación de un precedente, pensado para casos de despidos incausados, a un supuesto de nulidad de despido, considerando los matices correspondientes.

I.2. Presentación del caso y análisis

En el presente caso se trata una demanda de nulidad de despido y otros, interpuesta por la Sra. Kelly Jara Torres contra INDECOPI, basada en las siguientes pretensiones:

- **Primera pretensión principal: respecto a la nulidad de despido:**

La demandante alega que fue víctima de despido nulo por motivos de su estado de gravidez, toda vez que su empleador la habría despedido, bajo la figura lícita de la no renovación de contrato, luego de haberse enterado, a través de su exjefa, la Srta. Chumbe Abreu, que la trabajadora se encontraba en estado de gestación. Asimismo, indica que no existió ningún tipo de falta que haya generado la desvinculación correspondiente.

La presente pretensión fue declarada infundada por las dos primeras instancias: el 20° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima y la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante, CSJL), siendo luego analizada por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (en adelante, SSDCST) de la CSJL, declarándola fundada.

No obstante, la SSDCST, si bien concluyó que la Sra. Jara había sido víctima de un despido nulo por motivo de embarazo, determinó –en base al precedente Huatuco– que la reposición debía de ser de carácter temporal, en el sentido de que se trataba de una trabajadora de la Administración Pública, estando dicha reposición temporal supeditada a la aprobación de un concurso público de méritos.

- **Segunda pretensión principal: respecto a la desnaturalización de contratos:**

La demandante alega haber prestado servicios bajo las siguientes modalidades contractuales:

- i. **Contratos por locación de servicios**

Desde el 19 de agosto de 2013 al 02 de marzo de 2014

- ii. **Contratos administrativos de servicios (CAS)**

Desde el 03 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2017

No obstante, indica que dichas modalidades civiles de contratación encubrían una modalidad laboral de contratación, por lo que solicita el análisis de su situación, con la finalidad de determinar si existió un vínculo laboral encubierto.

Así, la primera instancia declaró fundada la pretensión referida a la desnaturalización de contrato y la segunda instancia confirmó la sentencia en dicho extremo, por lo que la CSJ no emitió pronunciamiento sobre este extremo.

De la breve descripción del caso, se desprenden los siguientes problemas:

Problema principal

Determinar si el mecanismo de protección planteado por la Sala, a través de un uso modificado del precedente vinculante Huatuco, resulta aplicable para los casos de despido nulo por embarazo, pudiendo considerar a este una protección adecuada frente a este tipo de despidos

Problemas secundarios

A fin de resolver el problema planteado previamente, en primer lugar, correspondería analizar si es que el caso en cuestión puede ser considerado como un despido nulo, para luego de ello, determinar si es que la aprobación a un concurso público de méritos puede ser considerada un condicionante válido para el ejercicio de la tutela restitutoria y resarcitoria a la cual tendría derecho una trabajadora que ha sido víctima de una nulidad de despido por embarazo.

Al respecto, tenemos que en este tipo de despidos es necesaria la protección máxima, debido a que nos enfrentamos a una clara afectación de derechos fundamentales que colindan con un matiz de discriminación, en contra de una persona que pertenece a un grupo que, históricamente, ha sido plausible de sufrir una doble discriminación: por ser mujer y por ser madre.

Por último, surge la interrogante referida a dilucidar si, en los casos de despido nulo por motivos de embarazo, es viable la diferenciación que se hace entre una trabajadora embarazada del sector público y una trabajadora embarazada del sector privado.

De esta manera, habiendo realizado el planteamiento de los problemas del caso, tanto el principal como los secundarios, considero que la problemática de este asunto debe de ser abordada con sumo cuidado, ya que nos encontramos frente a una clara vulneración de derechos fundamentales, pese a haberse planteado una protección parcial. De la misma manera, considero importante mencionar que me encuentro en contra de la manera en cómo la Sala, a través de la resolución emitida, pretende emitir una decisión fundada en derecho, toda vez que, cuando hablamos de un factor que no solo está prohibido por el bloque constitucional, sino que posee consecuencias que atentan contra los

principios básicos del Estado, no se puede pretender una protección a medias, que a su vez no observe los principios básicos de protección de derechos humanos y, más aún, de un grupo históricamente discriminado, no solo en el ámbito social, sino en el laboral.

Normativa interna:

- Constitución Política del Perú
- Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

Normativa internacional:

- OIT – Convenio 183: Convenio sobre la protección de la maternidad
- OIT – Convenio 111: Convenio sobre discriminación en el empleo y ocupación
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Constitución de la Organización Internacional de Trabajo
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres

Jurisprudencia nacional:

- Expediente N°05057-2013-PA/TC
- Casación Laboral N°8347-2014- Del Santa

Doctrina:

- La precisada en el acápite referido a la bibliografía.

Considerando lo mencionado, se arriba a las siguientes conclusiones parciales:

- Los jueces de la Sala en cuestión se han valido de su posición para crear un artificio, con supuesto manto jurídico, para pretender proteger a la madre trabajadora afectada; sin embargo, se ha llegado a vulnerar por segunda vez los derechos de igualdad y no discriminación y del trabajo.
- La diferenciación entre trabajadoras gestantes del sector público y las del sector privado deviene en inconstitucional, siendo que el fuero de la maternidad no presenta ningún tipo de excepción.
- El Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, no puede pretender trasladarle la carga de la ineficiencia de sus propias entidades a las trabajadoras afectadas por una mala praxis en el sistema de contratación laboral estatal.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

La demandante prestó servicios bajo la modalidad de contratos civiles de locación de servicios (desde el 19 de agosto de 2013 al 02 de marzo de 2014) y contratos administrativos de servicios (desde el 03 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2017) a INDECOPÍ; sin embargo, durante su periodo de gestación, la entidad decidió no renovarle el contrato, el cual tenía como fecha fin el 31 de diciembre de 2017.

Frente a ese hecho, con fecha 30 de enero de 2018, la demandante interpuso demanda de desnaturalización de contrato y otros (en donde se incluye la nulidad de despido y la reposición), recayendo así en el Expediente N°02211-2018-0-1801-JR-LA-07.

II.2. Hechos relevantes del caso

Respecto a las posiciones de las partes en el proceso judicial

- **Parte demandante**

La Sra. Jara Torres indica que suscribió, con fecha 19 de agosto de 2013, un contrato de locación de servicios para desempeñar la función de Apoyo Administrativo, con una contraprestación de S/5,500 mensuales; sin embargo, con fecha 03 de marzo de 2014, suscribió –previo concurso público de méritos– un contrato de servicios administrativos con una remuneración de S/5,000 para desempeñar el puesto de Profesional en Economía, debido a que las labores desempeñadas eran labores permanentes del área.

A partir de la fecha detallada, ha suscrito, de manera mensual, trimestral y bimestral, renovaciones de dichos contratos. Asimismo, a partir del 06 de agosto de 2014, su remuneración aumentó a S/5,500, para luego aumentar nuevamente, con fecha 01 de julio de 2015, a S/7,000 mensuales.

De la misma manera, indica que una vez que su nuevo jefe tomó conocimiento de su estado de gestación, a través de su ex jefa, la Sra. Chumbe, decidió su no renovación, toda vez que no existió ninguna falta que sustente su no renovación.

Por último, alega una afectación a su vida familiar y económica, lo cual generó que acepte suscribir y, posteriormente, cobrar la liquidación generada por su cese.

- **Parte demandada**

La parte demandada alega que la contratación de la Sra. Jara Torres se vio bajo los parámetros de contratación de INDECOPI, contratación que se dio para una necesidad específica de la institución, la cual sería una de naturaleza meramente civil.

Asimismo, detalla que, la parte demandante –al señalar que el vínculo civil se ha desnaturalizado por uno laboral– tendría que haber adjuntado una prueba que sustente dicha alegación; sin embargo, no lo hace.

Por último, detalla que la no renovación de contrato es una causal válida de extinción del vínculo laboral y que no hubo relación entre ello y el estado de gestación de la demandante, toda vez que, la demandante no habría informado sobre su estado a la Gerencia de Recursos Humanos, por lo que el representante del empleador no tuvo conocimiento de ello.

Respecto a los pronunciamientos judiciales

- **Primera instancia**

A través de la Resolución N°05, de fecha 19 de octubre de 2018, el Vigésimo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, resuelve lo siguiente:

- i) Declarar fundada en parte la demanda interpuesta por la Sra. Jara Torres contra INDECOPI, respecto a la desnaturalización de contrato
- ii) Ordenar a INDECOPI que reconozca a la Sra. Jara Torres como trabajadora dentro del régimen laboral privado – D.L. N°728, con contrato a plazo indeterminado, desde el 19 de agosto de 2013 al 31 de diciembre de 2017
- iii) Declarar infundada la demanda en el extremo de nulidad de despido, reposición y pago de remuneraciones devengadas.
- iv) Ordenar a INDECOPI que asuma el pago de los costos procesales por la suma de S/3,000, más el 5% de los costos procesales, el cual será destinado al Fondo de la Caja de Previsión Social del Colegio de Abogados de Lima.

Ello en base a los siguientes argumentos: por un lado, la relación laboral de la demandante, por el periodo en el que se suscribieron contratos de locación de servicio, con INDECOPI se demuestra al analizar la presencia

de los tres elementos de la relación laboral: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación.

Al respecto, indica el Juzgado que el primer elemento queda demostrado a través de la presentación de las constancias de prestación de servicios y que el segundo queda demostrado a través de los recibos por honorarios electrónicos. No obstante, en base a la Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, se indica que solo le corresponde a la demandante probar los dos primeros elementos, tal como lo ha hecho, para que el empleador tenga la carga de probar que los servicios fueron autónomos, lo cual no ha ocurrido.

Por otro lado, la relación laboral de la demandante, por el periodo en el que se suscribieron contratos administrativos de servicios, con INDECOPI se demuestra con el Contrato Administrativo de Servicios N°H-065-2014 y con el hecho de que el periodo inmediatamente previo a la suscripción del primer contrato ha encubierto una relación de índole laboral, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Respecto a la nulidad de despido, no se demuestra fehacientemente el requisito estipulado por el art. 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, TUO de la LPCL), en el cual se establece la obligación de la trabajadora de poner en conocimiento por escrito al empleador sobre el estado de gestación, toda vez que las pruebas aportadas por la demandante no evidencian que el estado de gestación fue puesto en conocimiento del área correspondiente: Recursos Humanos. En ese sentido, se desestima la pretensión en cuestión.

En la misma línea, es preciso indicar que la demandante, a través de la presentación de un medio probatorio extemporáneo, pretendió incluir en el proceso un documento que acreditaba la puesta en conocimiento a su empleador, requisito del art. 29°. No obstante, la exhibición no cumplía con los requisitos estipulados en la Ley N°29497 para ello.

- **Apelación de la sentencia de primera instancia**

A través de la Resolución de fecha 23 de mayo de 2019, se concede la apelación, siendo que las partes alegaron los siguientes agravios

- Agravios presentados por parte de la demandante, con fecha 26 de octubre de 2018:
 - i. Que, el Juzgado incurre en error al señalar que no se puso en conocimiento formal de la demandada el estado de gestación de la demandante, ya que se adjuntan dos

correos electrónicos en donde se solicitan los permisos correspondientes para la atención médica ambulatoria dirigidos a su jefa inmediata, quien luego puso en conocimiento a la Oficina de Recursos Humanos.

- ii. Que, lo accesorio corre la suerte de lo principal, por lo que procedería declarar nulo el despido y declarar la reposición
 - iii. Que, en aplicación del principio de suplencia indirecta, se expida un pronunciamiento sobre las remuneraciones dejadas de percibir, los beneficios laborales y el pago de CTS que le corresponderían a la demandante.
- Agravios presentados por parte del demandado, con fecha 23 de octubre de 2018:
- i. Que, el Juzgado –habiendo declarado improcedente el medio de prueba extemporáneo presentado por la demandante– no previó la disposición referida a que el Juez puede ordenar la práctica de una prueba adicional, cuando esta resulta vital el proceso.
 - ii. Que, el Juzgado incurre en error al declarar la desnaturalización, sin tener en cuenta que la Sra. Jara Torres era una proveedora de servicios y que no concurrieron los elementos del contrato de trabajo.
 - iii. Que, no corresponde la condena de costos porque INDECOPI es una institución del Poder Ejecutivo y que no se ha acreditado el pago de honorarios del abogado de la parte demandante.

Frente a ello, la Sala establece lo siguiente: en primer lugar, señala que los medios probatorios ofrecidos por las partes deben de respetar la oportunidad de ofrecimiento, salvo que las circunstancias correspondientes para la presentación extemporáneas calcen en los requisitos previstos por ley, lo cual no ocurre en el presente caso, toda vez que no es un hecho nuevo ni ha sido obtenido o conocido con posterioridad a la presentación de la demanda, por lo desestima el agravio (i) del demandado.

En segundo lugar, indica que la relación contractual laboral ha quedado acreditada al demostrar la concurrencia de los 3 elementos constitutivos de la relación laboral: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación. Respecto a este último elemento, se indica que se verifica, en los contratos suscritos, que la demandante no podía desarrollar de manera autónoma las actividades.

Asimismo, se indica que es de aplicación el II Pleno Supremo en materia laboral, en el cual se establece que, si previamente a la suscripción del contrato

administrativo de servicios, se suscribieron contratos de locación que encubrían una relación laboral, los primeros serían considerados inválidos, generando así que se confirme la desnaturalización de estos. Ello equivale a desestimar el agravio (ii) de la demandada.

En tercer lugar, se establece que los correos electrónicos adjuntos, demuestran lo siguiente:

- a) Que, en la comunicación a la Oficina de Recursos Humanos, no se mencionó de forma expresa y clara su estado gestacional, ya que solo hubo una consulta sobre la afiliación a una EPS
- b) Que, las constancias de atención, en donde sí se evidenciaba el estado de gestación fueron remitidas a su jefa inmediata, mas no a la Oficina de Recursos Humanos.

En ese sentido, indica que no resulta viable la atención de la pretensión del despido nulo, toda vez que no se ha cumplido con acreditar fehacientemente el cumplimiento del requisito del segundo párrafo del inciso e) del artículo 29° del TUO de la LPCL, generando así la desestimación del agravio (ii) de la demandante.

Por último, se resolvió confirmar la Sentencia N°361-2018, que i) declara infundada la demanda en el extremo de la nulidad de despido, reposición y pago de remuneraciones devengadas y ii) declara fundada en parte la demanda, ordenando que INDECOPI reconozca a la demandante como trabajadora con contrato indeterminado desde el 19 de agosto de 2013 al 31 de diciembre de 2017.

- **Recurso de Casación**

Mediante escrito de fecha 07 de agosto de 2019, la Sra. Jara Torres presentó el recurso de casación frente a la Sentencia de Vista detallada en el punto precedente. Así, Mediante la Casación Laboral N°30535-2019, de fecha 06 de septiembre de 2022, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declara fundado el recurso de casación interpuesto por la Sra. Jara y casa la Sentencia de Vista, solo en el extremo que confirmó la sentencia apelada y, actuando en sede de instancia, la revocó solo en el extremo que declaró infundada la pretensión de nulidad de despido, reposición y pago de remuneraciones devengadas.

Ello en base a que, en primer lugar, al haber ratificado el Perú, el Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo, no resulta necesaria la comunicación al empleador para la operación de la protección del fuero materno;

sin embargo, al momento de establecer doctrina jurisprudencial, lo hace bajo el siguiente parámetro:

“(…)

2. No resulta necesario que la trabajadora comunique al empleador por escrito su condición de gestante.

(…)”

Es decir, no elimina la necesidad de informar, si no la de informar por escrito.

En la misma línea, se detalla que las solicitudes de permiso para acudir a los controles de embarazo, los cuales fueron autorizadas/aprobadas por su jefe inmediato en la Gerencia de Administración y Finanzas, demuestran que la parte empleadora sí tuvo conocimiento, de manera previa a la renovación del contrato, de que la trabajadora se encontraba en estado de gestación. Además, se precisa que, la empleadora, pese a tener la carga de la prueba referida a demostrar si existió una causa justa para la no renovación, no demostró lo indicado.

Por último, si bien se declara fundada la demanda en el extremo de nulidad de despido por estado de embarazo, la Sala –en base al precedente Huatuco y la Casación Laboral N°8347-2014- Del Santa– dispone la reposición de la trabajadora de manera temporal, toda vez que, su reposición a una plaza indeterminada depende de las siguientes condiciones:

- Que, la demandada convoque un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba la trabajadora que corresponda a una plaza vacante y presupuestada.
- Que, habiéndose convocado el concurso indicado, la trabajadora lo apruebe.

Respecto a este último, precisa que, si la trabajadora no se presenta o no lo aprueba, se extingue el contrato de trabajo, sin derecho al pago de una indemnización.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

III.1. Problema principal

¿El mecanismo de protección planteado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitorio, a través de una aplicación modificada del precedente vinculante Huatuco, procede para los casos de nulidad de despido por embarazo, pudiendo considerarse a este como una protección adecuada frente a este tipo de despido?

III.2. Problemas secundarios

Problema secundario 1: ¿Estamos frente a un caso de despido nulo por motivo de embarazo?

Problema secundario 2: ¿La aprobación de un concurso de méritos es un condicionante válido para el ejercicio de la tutela restitutoria o resarcitoria?

Problema secundario 3: ¿El principio de protección especial a la madre trabajadora opera, en igualdad de condiciones, para las trabajadoras del sector público y para las trabajadoras del sector privado?

IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Problema principal: ¿El mecanismo de protección planteado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, a través de un uso modificado del precedente vinculante Huatuco, resulta aplicable para los casos de nulidad de despido por embarazo, pudiendo considerar a este como una protección adecuada frente a este tipo de despido?

- Al respecto, considero que no, debido a que, por un lado, el tipo de despido regulado por dicho precedente no es el despido nulo por embarazo, siendo este último un tipo de despido que afecta el derecho al trabajo, a través de una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, los cuales son derechos constitucionales que atentan contra los valores bases del estado constitucional y social de derecho. Asimismo, si bien el despido incausado también afecta el derecho al trabajo, el despido nulo por embarazo revierte vital importancia, ya que no solo afecta los derechos ya mencionados, si no también a la mujer en su condición de tal y al interés superior del menor, por el simple hecho de pertenecer a un grupo históricamente segregado.

Por otro lado, este uso modificado del precedente no hace más que limitar la tutela efectiva de protección de la trabajadora, poniendo como garante de la protección condicionada a aquella entidad estatal que vulneró su derecho en primera instancia (INDECOPI).

Problema secundario 1: ¿Estamos frente a una nulidad de despido?

- Sobre este punto, considero que sí nos encontramos frente a una nulidad de despido, ya que –si bien es necesaria la puesta en conocimiento del embarazo hacia el empleador– un aspecto formal, como lo es la comunicación por escrito a una Gerencia en específico, no puede limitar un bien superior que es la protección reforzada de la maternidad.

Así, en línea con lo planteado por la Sala dentro de la doctrina jurisprudencial, si bien no hubo una comunicación escrita en donde se señale textualmente el estado de gravidez, considero que esta no es necesaria, ya que, en el caso en concreto, sí se pueden ubicar correos en donde la trabajadora solicita los permisos que denotan su estado y, pese a que no hubo un aviso a una Gerencia en específico, sí existió una puesta en conocimiento al Jefe Inmediato, quien, como representante del empleador, al ocupar un cargo de dirección, puede ser considerado como “empleador” en el supuesto de “poner en conocimiento al empleador”, al ser INDECOPI una entidad que no puede ser individualizada en una sola persona.

Sin perjuicio de ello, es necesario comprender que la maternidad posee una protección reforzada, por lo que, igualmente, en los casos en los que no se pueda evidenciar una puesta en conocimiento, es necesario analizar el caso desde una óptica colectiva que considere la situación de desigualdad estructural que sufren las mujeres -y aún más las madres– en el campo laboral, con la finalidad de no limitar la protección de estas a un aspecto formal que lo que busca es proteger, dentro de la relación laboral asimétrica, a aquella parte en situación de ventaja.

Problema secundario 2: ¿La aprobación de un concurso de méritos es un condicionante válido para el ejercicio de la tutela restitutoria o resarcitoria?

- En lo referido a la presente pregunta, considero que no, en el sentido de que dicha carga, impuesta a la trabajadora sin sustento lógico, genera una perpetuación de la vulneración del derecho, así como la imposición de que sea ella quien asuma las consecuencias del actuar inconstitucional e ineficiente del organismo estatal, quien –a fin de reducir costos laborales– no cumple con los procedimientos de contratación conforme a ley.

Asimismo, en base a la aplicación del test de proporcionalidad que será aplicado en el acápite correspondiente, considero que no, ya que

–pese a que la carrera dentro de la Administración Pública es un bien jurídico constitucional que debe de ser regulado por leyes y procedimientos precisos, a fin de proteger el acceso a la carrera pública en condiciones de igualdad– existen mecanismos de protección que son más eficientes y no afectan el derecho a una tutela restitutoria o resarcitoria de esta manera drástica.

Problema secundario 3: ¿El principio de protección especial a la madre trabajadora aplica, en igualdad de condiciones, para las trabajadoras del sector público y para las trabajadoras del sector privado?

- Sobre este punto, considero que no, ya que la protección legal e internacional del fuero de la maternidad no hace una diferenciación entre las trabajadoras de un sector y otro, por lo que no encuentra sentido el hecho de limitarlo a través de normas legales, por el solo hecho de anteponer recursos económicos ante una vulneración de derechos fundamentales, cuando es justamente el Estado el mayor garante de la protección de estos.

En la misma línea, no resulta razonable establecer un mayor o menor nivel de protección dependiendo de en qué sector laboral prestes servicios. Ello podría ser visto como un exceso de punición impuesto por haber ejercido libremente la libertad de trabajo, en su vertiente referida a escoger libremente el trabajo al cual se desea acceder.

Si esto fuera así, se les impondría una carga adicional a las mujeres trabajadoras que deseen ser madres, ya que –al decidir si ingresar a un sector o a otro– estas tendrán una contingencia adicional que prever: tener en cuenta que acceder al sector público, teniendo en cuenta los procesos de contratación irregulares, podría generarle una afectación al derecho al trabajo y a la igualdad y no discriminación.

Ello incluso podría incentivar a optar por un sector en vez de por otro, generando un direccionamiento hacia un sector en específico, en el cual sí se podrían materializar los derechos que poseen. En ese escenario, cada mujer tendría que analizar si desea asumir o no los riesgos que conllevaría ingresar al sector público, riesgos que han sido, como mencioné, impuestos arbitrariamente.

IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Respecto a mi posición, es preciso indicar que me encuentro parcialmente en contra de la resolución planteada por la Sala, toda vez que, cuando hablamos de un factor que no solo está prohibido por un bloque constitucional, sino que posee consecuencias que atentan contra los principios bases del Estado, no se puede pretender una protección a medias.

Esto en el sentido de que considero que se encuentra una discordancia entre la declaración de la nulidad y los efectos que esto conlleva, ya que, por un lado, se acepta que la trabajadora fue despedida en base a un motivo prohibido por parte de una entidad estatal, perteneciente a un Estado que, en teoría, tiene una obligación mayor respecto al mandato de igualdad y no discriminación; sin embargo, por otro lado, se realiza nuevamente una afectación a su derecho al trabajo, al limitar este a un aspecto formal, por el solo hecho de pertenecer a una categoría distinta de trabajadores referida a la pertenencia de un sector en específico.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Como punto de partida, considero importante mencionar qué es lo que estipula el precedente vinculante desarrollado en el Expediente N°05057-2013-PA/TC (en adelante, el precedente Huatuco), a fin de poder evidenciar la extraña forma de aplicación del precedente en el caso concreto. Así, tenemos que el precedente Huatuco establece los siguientes requisitos copulativos para que, frente a un caso de desnaturalización de contrato en el sector público y en casos de despido incausado, el trabajador o trabajadora logre obtener la reposición a su puesto de trabajo dentro de la Administración Pública:

- i. Debe de haber ingresado a través de un concurso público de méritos
- ii. Debe de haber ingresado para una plaza presupuestada
- iii. Debe de haber ingresado para una vacante de duración indeterminada

En la misma línea, se establecen dos consideraciones adicionales a considerar: por un lado, se indica que –en caso no se cumplan los tres requisitos– el Juez debe reconducir el proceso hacia la vía ordinaria laboral, a fin de que la parte que ha sido afectada solicite la tutela resarcitoria correspondiente, teniendo incluso que realizar toda la etapa postulatoria del proceso laboral; por otro lado, se plantea la imposición de las sanciones necesarias para aquellos funcionarios que hayan incumplido con la observación y cumplimiento de la contratación de personal.

De esta manera, a fin de determinar si el mecanismo de protección planteado por la Sala, a través del uso modificado del precedente vinculante Huatuco, resulta aplicable para los casos de despido nulo, es necesario analizar –en primer lugar– los problemas secundarios. Al respecto, se considera preciso aclarar que los problemas secundarios se encuentran íntegramente ligados a los

elementos que configuran la aplicación modificada del precedente Huatuco, tal como se procederá a señalar a continuación.

1.1. Respecto a establecer si existió una nulidad de despido por embarazo

Al respecto, considero importante precisar cuál es el marco de regulación de los despidos nulos, por lo que corresponde citar los siguientes artículos del Decreto Supremo N°003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL):

o Regulación:

“Artículo 29º.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

(...)

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

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

o Consecuencia:

“Artículo 34.-

(...)

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.”

Considerando el contexto, como se evidencia en la Sentencia correspondiente, tenemos que la Sala, si bien cita una serie de normas tanto internas como internacionales, así como jurisprudencia, declara la nulidad únicamente indicando que, inspirándose a una sentencia del

Tribunal Constitucional¹, la sola ratificación del Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), el requisito de comunicar por escrito ya no es aplicable.

Este hecho trae consigo el establecimiento de doctrina jurisprudencial que, en el análisis que nos compete, indica que no resulta necesario el requisito de la comunicación por escrito al empleador en los procesos de despidos nulos por móvil originado en el embarazo de las trabajadoras.

Al respecto, me encuentro de acuerdo parcialmente, ya que aplaudo la supresión de “por escrito”; sin embargo, considero que -en estos casos- no se podría supeditar la protección a un aviso de ningún tipo.

En ese sentido, si bien la remisión al Convenio 183 (C183) de la OIT es una remisión correcta, corresponde analizar nuestra legislación en virtud de dicho convenio y otros convenios internacionales. Así, tenemos que, por un lado, en el artículo 8° del Convenio, se señala que está prohibido el despido durante el embarazo² y, por otro, en el artículo 9° se señala que todo Estado miembro tiene la obligación de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la condición en cuestión no sea una causa de discriminación en el empleo y justamente se menciona que estas medidas incluyen una prohibición de que se solicite algún documento para probar el embarazo al momento de solicitar un empleo.

Asimismo, a fin de determinar si esta protección solo tiene que darse en el ejercicio del derecho del trabajo de entrada, es necesario realizar un análisis conjunto o y para ello, se trae a colación el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual –a través de una remisión al artículo 7.d. del Pacto de San Salvador– abarca también la estabilidad laboral o derecho al trabajo en su vertiente de salida. En ese sentido, si la prohibición de solicitar pruebas documentales abarca el derecho al trabajo de entrada, tendría sentido que también abarcase el de salida, ya que el derecho al trabajo está compuesto por ambas vertientes. Esta lectura se da a partir del principio pro persona, el cual conlleva la interpretación no restrictiva del derecho, a fin de generar una mayor protección a la persona afectada.

¹ Expediente N°2748-2021-PA/TC, del 22 de julio de 2022

² Salvo por motivos que no estén relacionados por el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia

Esto también encuentra sentido en el hecho de que el principio de no discriminación es transversal a todos los ordenamientos y convenios. Al respecto, en la Opinión Consultiva N°18, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha manifestado indicando que este principio ha ingresado al dominio del ius cogens y en él se basa todo el andamiaje jurídico del orden tanto nacional como internacional, generando así que todos los Estados que forman parte de la Convención deban abstenerse de realizar acciones que se dirijan –de manera directa como indirecta– a crear situaciones de discriminación de iure o de facto. (2018, p.55).

Considerando ello, se tiene que el tipo de regulación que tenemos en el país podría generar un tipo de discriminación indirecta, al condicionar la protección reforzada por maternidad a un aspecto meramente formal (que sea por escrito) lo cual, indirectamente, podría acarrear la segregación de las madres trabajadoras cuando el empleador alegue aspectos formales no idóneos para establecer el no aviso solicitado, como ocurre en el caso en concreto.

En la misma línea, estoy convencida de que la pertinencia de los requisitos solicitados a una madre trabajadora para subsumir su caso en el supuesto de hecho del artículo 29° de la LPCL, al condicionar la aplicación del fuero maternal, debe ser analizada teniendo en cuenta el contexto en el que nos encontramos. Así, desde una óptica colectiva, se evidencia una situación de desigualdad estructural en contra de las mujeres en el campo laboral, por lo que limitar una protección de esa magnitud a aspectos formales carece de sentido.

En ese sentido, no es viable un abordaje individual para estos casos, ya que la decisión a la que arriben los órganos judiciales no solo tendrá efectos en una sola trabajadora gestante, si no que servirá de línea para brindar protección a un conjunto de trabajadoras gestantes que se encuentran en el mismo supuesto de hecho.

Sin perjuicio del análisis realizado, pese a haberse establecido la no necesidad de dar aviso por escrito, considero conveniente mencionar que, en el presente caso, sí existió una configuración del supuesto, ya que –en términos de la Sala– las solicitudes y permisos fueron autorizadas por la jefa inmediata de la trabajadora, lo que implica que, esta, como representante del empleador, deba haber puesto en conocimiento de la División de Recursos Humanos los documentos, a fin de justificar las horas y días de permiso en planilla.

1.2. Respecto a establecer si la aprobación de un concurso de méritos es un condicionante válido para el ejercicio de la tutela restitutoria o resarcitoria:

Como se ha podido evidenciar, el derecho al trabajo tiene dos aristas a ser analizadas. La que corresponde analizar a través del presente informe es la de salida. Por ello se trae a colación, brevemente, el concepto de estabilidad laboral, toda vez que dicho concepto es la base para el desarrollo de la nulidad de despido y, por tanto, se relaciona íntegramente con la figura de la reposición.

Para ello, tenemos que, la estabilidad laboral, de acuerdo con Lupa y Puma, citando a Villavicencio Ríos, “es una exigencia impuesta al sujeto empleador referida a la obligación de contratar a los trabajadores a plazo indeterminado, salvo la ocurrencia de una causal válida para que este despido (2019, p. 315).

En términos de nuestro Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo señalado en la Sentencia del Expediente N°1124-2001-AA/TC, este concepto encuentra sentido en el marco del contenido esencial del derecho al trabajo, el cual, se divide en dos esferas:

- i. El derecho al acceso a un puesto de trabajo; es decir, la estabilidad de entrada
- ii. El derecho a no ser despedido/a en vista de la inexistencia de una causa justa para ello; es decir, la estabilidad de salida

Así, como se ha podido observar en la sentencia, la trabajadora fue despedida debido a su embarazo; es decir, medió una causa de despido, pero esta causa se encuentra proscrita por nuestro ordenamiento laboral, causa que también va en contra del Protocolo de San Salvador, aprobado por el Perú en 1995, que estipula, en su artículo 7º, literal d., que los trabajadores/as tienen derecho a una causa justa de separación del empleo.

De la misma manera, es preciso señalar la diferenciación realizada por Toyama y Neyra, respecto a la división de este concepto: estabilidad laboral absoluta y estabilidad laboral relativa. La primera de ellas se encuentra referida a que, cuando un empleador cesa a un trabajador o trabajadora de forma arbitraria, la consecuencia será la reposición a su puesto de trabajo; en cambio, en la segunda, la consecuencia será el pago de una indemnización por el despido arbitrario (2016, p. 2-3).

En ese sentido –teniendo en cuenta lo mencionado previamente y lo estipulado en el artículo 34º del TUO de la LPCL, artículo citado al inicio del presente acápite, donde se estipula que habiéndose declarado fundada la demanda de nulidad de despido, el trabajador será repuesto en su empleo³– se desliga que nuestro ordenamiento, en materia de despido nulo, acoge la figura de la estabilidad laboral absoluta. Ello debido a que, al haber sido el derecho constitucional del trabajo vulnerado por motivos prohibidos de discriminación que plantea nuestro ordenamiento, es necesario buscar la máxima tutela para lograr minimizar los daños de la lesión al derecho generada; es decir, el grado de protección ha sido determinado por la naturaleza del bien que se protege.

En esa misma línea, considero importante mencionar que, a fin de determinar que, en casos de nulidad de despido por embarazo, a la trabajadora afectada le corresponde el grado máximo de protección (reposición), es necesario tener en cuenta un matiz adicional: el hecho de que, en los casos de nulidad de despido por embarazo, no solo se afecta el derecho al trabajo, si no también existe una vulneración a los siguientes derechos, lo cual hace que el bien jurídico protegido tenga una mayor importancia:

1. A través de una afectación directa:
 - Derecho a la igualdad y no discriminación
2. A través de una afectación indirecta
 - Interés superior del niño (consecuencia a largo plazo)

Ahora, resulta necesario preguntarse lo siguiente, en lo referido al despido nulo por embarazo: ¿por qué nuestro ordenamiento le brinda tal protección a la trabajadora frente a este tipo de despido? Ello es así porque este tipo de despido no solo vulnera derechos fundamentales, sino que genera una grave afectación al ordenamiento jurídico en conjunto, toda vez que va en contra de lo que un Estado Social y Democrático de Derecho, entre otras cosas, plantea: “la creación de condiciones jurídicas políticas, sociales, económicas y culturales que permitan el máximo desarrollo de la persona, con absoluto respeto a su dignidad” (Landa, 2014, p.220).

Así, si se consideran las consecuencias planteadas, se logra entender el motivo por el cual el ordenamiento jurídico nacional ha decidido otorgar este fuero maternal a la trabajadora víctima de un despido

³ Con la salvedad de que, en ejecución de sentencia, el trabajador opte por la indemnización establecida en el artículo 38º del mismo cuerpo normativo.

nulo. De esta manera, habiendo analizado previamente el contexto e introduciéndonos a la respuesta de la pregunta planteada en el presente acápite, surge la pregunta de si la reposición temporal se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico peruano.

Al respecto, no se ha encontrado en la regulación nacional ni internacional un supuesto de existencia de la reposición temporal, lo cual nos lleva a la conclusión de que dicha ausencia se genera precisamente por la naturaleza que posee dicha figura jurídica. Así, si lo que busca la reposición de la trabajadora frente a una nulidad de despido es que el estado de cosas previo a la nulidad sea restituido, a través de claros efectos retroactivos, no posee asidero lógico ni jurídico el hecho de que el Juez le brinde la protección correspondiente, pero solo por un periodo, ya que el retorno al estado de cosas previo a la vulneración solo será momentáneo.

Aunado a ello, es preciso mencionar que este periodo de protección, otorgado a través de la presente sentencia, se encuentra supeditado a una acción por parte de INDECOP, la cual está referida a que dicha institución realice un concurso público de méritos para una plaza presupuestada e indeterminada, a fin de que la trabajadora pueda concursar y, de aprobar, pueda reincorporarse a su centro de trabajo, bajo un contrato de duración indeterminada.

En ese sentido, si bien la carrera dentro de la Administración Pública es un bien jurídico constitucional que debe de ser regulado por leyes y procedimientos precisos, a fin de proteger el acceso a la carrera pública en condiciones de igualdad, considero que existen otros mecanismos de protección válidos y no afectan el derecho a una tutela restitutoria o resarcitoria.

Al respecto, como se ha evidenciado, la protección de la madre trabajadora tiene un sustento tanto nacional como internacional, lo que demuestra su conceptualización como un bien jurídico protegido. De la misma manera, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial de nuestro Tribunal, tenemos que la carrera pública también es un bien jurídico protegido. Así, al encontrarse los dos en contraposición, es necesario realizar la aplicación del test de proporcionalidad y ver si efectivamente la intervención del Estado, a través del órgano judicial, es constitucional y, por lo tanto, respeta la dignidad de la trabajadora.

Igualmente, de manera previa a ello, resulta preciso recordar que, en este test, es necesario incorporar el carácter estructural del trato

discriminatorio (Lobato 2019, p. 21), ya que solo así podría lograrse un abordaje holístico, con una articulación tal, que permita ver tanto los aspectos positivos como negativo de la medida que se pretende tomar.

En términos de Castillo, se tiene que el respeto a la dignidad de la persona sería un límite para la afectación de la misma y de los demás derechos fundamentales; es decir, la afectación igual tiene que realizarse de modo digno, estrictamente necesario y ponderado (2005, p. 7). En ese sentido, frente a una restricción del derecho a la reposición derivado de una nulidad de despido, es necesaria la aplicación del test de proporcionalidad.

De esta manera, continuando con lo mencionado por Castillo, aplicamos los siguientes subprincipios:

- a. **Subprincipio de idoneidad:** este principio “tiene una doble exigencia. En primer lugar, requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin.” (2005, p.11)

Al respecto, tenemos que el acto de limitación es justamente condicionar la reposición a la aprobación a un concurso público de méritos y este tiene como fin proteger el acceso a la función pública en términos de igualdad.

Asimismo, la medida es adecuada para el logro del fin, toda vez que al ser un concurso público todas las personas que cumplan los requisitos pueden postular, quedando seleccionado o seleccionada en base al principio de meritocracia.

Lo detallado encuentra sustento en lo planteado en las siguientes regulaciones:

- Artículo 5° de la Ley N°28175

**“CAPÍTULO III
ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

Artículo 5.- Acceso al empleo público

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

- Artículo III y IV del Título preliminar del Decreto Legislativo N°1023

“Artículo III.- El servicio civil se rige por principios de mérito. La evaluación del mérito incluye los criterios de rendimiento y compromiso con el servicio a la ciudadanía.

Artículo IV.- 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”

En ese sentido, tenemos que se evidencia que se logra superar el primer subprincipio.

b. Subprincipio de necesidad

Habiendo superado el primer subprincipio, el siguiente análisis corresponde al juicio de necesidad. Este examina si el nivel de restrictividad del derecho con esta medida es menor que si se aplica otra medida (2005, p. 12).

De esta manera, considero que sí existe una medida que sacrifica en menor grado el derecho a la reposición: la creación de un organismo estatal destinado a validar los procesos de contratación del Estado.

En este caso, como se evidencia de las resoluciones, el análisis parte de la afectación al derecho en adelante; sin embargo, si el Estado, como garante de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, está obligado a cumplir su rol, el análisis no puede reducirse al hecho en sí, sino que es necesario que exista un análisis del origen del problema. De lo contrario, la justicia solo se dedicaría a atender los casos que se vayan originando, sin hacer algo para que estos dejen de originarse.

En ese sentido, la creación de un órgano de validación de los procesos de contratación dentro de las entidades estatales considero que es una medida que generaría una menor afectación al derecho, ya que -al existir un proceso de contratación que cumpla con los requisitos exigidos para ingresar a la entidad estatal, voy a poder gozar del ejercicio de mi derecho a reposición en caso sea despedida por un motivo discriminatorio, como lo es el despido por embarazo.

Por lo detallado, tendríamos que el test caería en el presente subprincipio, al haberse encontrado una medida menos restrictiva del derecho.

c. Subprincipio de proporcionalidad

Si bien no es necesario aplicar este subprincipio, debido a que el test culminó en el subprincipio precedente, considero pertinente mencionar que –en línea con lo mencionado en la pregunta secundaria previa– al contrastarse el grado de afectación contra el grado de satisfacción del fin, tenemos que existe con esta medida un grado alto de afectación.

Ello en el sentido de que, este tipo de discriminación está ligada a un aspecto estructural, por lo que la afectación no sería a una individuo en particular, sino que podría darse a un colectivo de la población, que representa un del total de 47,0% (2 millones 600 mil 400), según el INEI, en su Informe Técnico N°02 de febrero 2023.

Adicionalmente, se tiene, en primer lugar, que la protección a la madre trabajadora se encuentra consagrada, entre otros, legalmente y la consecuencia es clara al establecer que, en caso de ser víctima de un despido nulo, se procederá con su reposición; por lo que, si la ley solo plantea como requisito para acceder a la reposición el hecho de que el despido de la trabajadora haya sido judicialmente probado como un despido nulo (supuesto que se acredita en este caso), el Juez, en base al principio de legalidad, no puede crear un requisito adicional para acceder a un derecho.

Sobre este último punto, si bien los Jueces pueden, en algunos casos excepcionales, apartarse del principio de legalidad, en base al control difuso, notamos que no es posible realizarlo en el presente caso, toda vez que no estamos frente a un supuesto de conflicto entre una norma legal y una norma constitucional que habilite el apartamiento detallado.

Así, resulta inconstitucional el hecho de que el Juez, alejándose de la ley, sin sustento alguno, imponga requisitos adicionales a un derecho que cuenta, para su acceso, con claros requisitos ya previstos. En ese sentido, bastaría, tal como lo señala Isla, con realizar un análisis básico en donde se verificaría que, siendo que la ley formal encuentra sentido tanto en la descripción normativa de la conducta como la descripción de la consecuencia, solo debería verificarse si la conducta

se subsume en el supuesto de hecho, a fin de lograr aplicar la consecuencia correspondiente (2009).

En ese sentido, no resulta entendible el motivo por el Juez, pese a la simplicidad del caso para la aplicación correspondiente, decide alejarse de la responsabilidad extrema que posee para analizar casos de vulneración de derechos y perpetuar la vulneración alegada, bajo una supuesta figura de protección.

Además, considero que se olvida partir de la premisa de que la afectada es la madre trabajadora, a fin de evitar imponerle cargas que no están estipuladas por nuestra normativa y, bajo la supuesta protección, se le obliga –con el objetivo de obtener la tutela restitutoria– a lo siguiente: por un lado, esperar a que INDECOPI convoque el concurso público de méritos, generándole una incertidumbre innecesaria; y, por el otro, aprobar un concurso público, que tiene como principal característica la competencia entre candidatos.

Por otro lado, respecto a la tutela resarcitoria, la Sala especifica que solo podrá acceder a su anterior puesto de trabajo de manera indeterminada si esta logra aprobar el concurso público de méritos, en el cual tendrá que enfrentarse con otros profesionales, para luego de ello, especificar que, si la trabajadora no aprueba dicho concurso, no solo no logrará obtener el derecho a la reposición total, sino que, no podrá lograr obtener el derecho la indemnización correspondiente al despido nulo.

Así, estamos frente a una segunda vulneración del derecho al trabajo de la madre trabajadora. Como se ha podido evidenciar, la consecuencia clara cuando la trabajadora es víctima de un despido nulo por motivo de embarazo es la tutela restitutoria; sin embargo, se encuentra presente también la figura de la tutela resarcitoria en los casos de nulidad, la cual, en ejercicio de la potestad optativa de la trabajadora, puede ser elegida, a fin de sustituir el mandato de reposición, siempre y cuando el estado del proceso se encuentre en ejecución de sentencia (Arce, 1999, p. 308).

Aunado a ello, tenemos que la lógica de esta figura se encuentra ligada, ya no a un aspecto social y de concordancia con el ordenamiento jurídico, si no que alude a un aspecto meramente económico, en donde lo que se busca es resarcir el daño causado por

la vulneración correspondiente, a través de la entrega de una suma de dinero.

En la misma línea, Arce también indica que la figura de la indemnización debería presentarse de manera excepcional, como, por ejemplo, en aquellos casos en donde exista una imposibilidad objetiva de cumplir con el mandato de reposición en los términos previstos o en aquellos casos en donde se busque proteger la dignidad del trabajador o trabajadora afectada (p. 312).

En ese sentido, si bien no estamos frente a un caso en el cual la trabajadora ha optado por la elección de la indemnización, la cual ascendería al monto equivalente a un despido arbitrario, sí se genera un problema considerable, en el siguiente sentido: al no existir el concepto de reposición temporal, se entiende que la trabajadora se encuentra, actualmente, bajo una figura de una contratación indeterminada, la cual tendría que ser “convalidada” al momento de aprobar el concurso público de mérito; lo que generaría que, de no aprobarse el concurso mencionado, se procedería a rescindir del contrato correspondiente.

No obstante, la pregunta que entraría a tallar sería ¿esta extinción del vínculo laboral no conllevaría al pago de una indemnización por despido arbitrario? Al respecto, tenemos que las causas de extinción del vínculo laboral se encuentran estipulados de manera taxativa en el artículo 16º TUO de la LPCL, no encontrando entre ellas la referida a la no aprobación de un concurso público de méritos o en mérito de una sentencia.

De esta manera, en caso exista una no aprobación por parte por parte de la trabajadora afectada resultaría inconstitucional privarla de un derecho más, el cual es la indemnización por despido arbitrario, toda vez que los jueces –nuevamente– se estarían apartando de lo que la ley prevé para este tipo de supuestos.

Así, considero que esta limitación al derecho de la tutela resarcitoria no es válida, ya que no se encuentra sustentada en ningún precepto jurídico y no es más que otra artimaña de los jueces que buscan disfrazar esta desprotección bajo un supuesto equilibrio entre la protección de la trabajadora y los intereses de la administración pública.

En conclusión, de acuerdo a lo mencionado en el presente acápite, no considero que la aprobación de un concurso público de méritos como condicionante a los derechos de reposición o indemnización brinde una tutela restitutoria o resarcitoria efectiva a las trabajadoras que han sido víctimas de un despido nulo, ya que –sin considerar el estado en el que se encuentran– le traslada una carga mayor que la establecida por ley, perdiendo de vista el hecho de que no son ellas las que han cometido el acto no acorde a derecho.

1.3. Respecto a determinar si el principio de protección especial a la madre trabajadora aplica, en igualdad de condiciones, para las trabajadoras del sector público y para las trabajadoras del sector privado

Sobre este punto, se considera importante iniciar el desarrollo, mencionando qué regulación, tanto nacional como internacional, existe respecto a la protección de la madre trabajadora.

1.3.1. Marco internacional

Se inicia con el Convenio N°183 de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT) del año 2000, Convenio sobre la protección de la maternidad, cuyo artículo 8° estipula lo siguiente:

“Artículo 8: Protección del Empleo y No Discriminación

1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o (...) 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.

(...)”

Al respecto, debido a la obligación generada por la ratificación del convenio por parte de nuestro país en el año 2015, se promulgó la Ley N°30367, ley que modificó el inciso e) del art. 29° del Decreto Legislativo N°728 y que estipula que es nulo el despido que tenga por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia. Asimismo, se plantea que existe una presunción de que el despido se dio por los motivos señalados si es que este se genera en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento del o la menor, si es que el empleador no probaba lo contrario.

Ello generó el llamado “fuero de maternidad”, el cual –según Rojas– “pretende evitar que la trabajadora que se encuentra en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional”. Asimismo, continúa el autor, “es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y el Estado se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontraren en situación de debilidad manifiesta.” (2003: 129). Así, tenemos entonces que nuestra legislación ha adoptado un modelo de protección reforzada a la madre trabajadora.

Por otro lado, tenemos el Convenio N°111 de la OIT, sobre la discriminación en el empleo y ocupación. A través de este convenio, se consagra la relación entre uno de los principios del núcleo duro de la OIT y el empleo. Este principio es el de igualdad y no discriminación y, al ser considerado parte del *ius cogens*, genera que –por más de que un Estado no haya ratificado el convenio– este se ve obligado de igual manera a velar por el cumplimiento de la igualdad y no discriminación.

Habiendo aclarado ello, es importante mencionar que, de acuerdo con un Informe realizado por esta organización, “la finalidad de este Convenio es promover la igualdad de oportunidades y de trato con respecto al empleo y la ocupación, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. Los Estados que han ratificado este Convenio se comprometen a promover la igualdad de oportunidades y de trato mediante una política nacional cuyo propósito sea eliminar todas las formas de discriminación en el empleo y la ocupación. El Convenio se aplica también al acceso a la formación profesional y a la admisión en el empleo, así como también a las condiciones de trabajo (2009, p. 15).

Asimismo, en términos de Valdés Dal-Ré, este convenio se configura como un punto de inflexión en la concepción de que nos encontramos transitando a un sistema material de la discriminación, en donde ya no se pone el acento en la motivación de la discriminación sino en el resultado perjudicial para los sujetos víctimas de la marginación, generando así que se hable de una discriminación indirecta (2009. p. 11).

En la misma línea, se tienen dos tratados aplicables a la materia en cuestión, que sirven como línea guía para proteger el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres: por un lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento internacional que consagra los siguientes derechos:

“Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”

“Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”

Por otro lado, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres (CEDAW), el cual es un instrumento creado por la Organización de las Naciones Unidas, en 1979, mediante el cual se enlistan una serie de compromisos que deben de asumir los Estados, en materia de condena de cualquier forma de discriminación contra la mujer.

Así, trayendo dicha convención al tema analizado, tenemos que en, los artículos 1º y 11º de dicho texto, figura lo siguiente:

“Artículo 1:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, **en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:**

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;

(...)”

“Artículo 11:

(...)

2. 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;

(...)”

Asimismo, en términos de la Organización Internacional del Trabajo y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, se plantea que esta convención trae consigo la noción de “responsabilidades familiares, para lo cual se prevé la estimulación para proveer servicios sociales que permitan que ambos padres combinen sus obligaciones familiares con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública. Esto no solo genera lo aludido, sino que promueve la toma de medidas que impidan el despido ante embarazo (2009. p. 33).

1.3.2. Marco nacional

Como se ha mencionado en el acápite correspondiente a la respuesta referida a la pregunta secundaria 1, tenemos que la Constitución Política del Perú de 1993, establece un marco de protección a favor de la madre trabajadora, así también lo hace el TUO de la LPCL, en los siguientes sentidos.

La Constitución establece en los artículos 22° y 27° el derecho al trabajo como derecho y la protección frente a la vulneración de este que le otorga el Estado; sin embargo, el desarrollo que más importancia ha tenido en este aspecto es el jurisprudencial, a través de una serie de fallos del Tribunal Constitucional que lo que buscan es llenar de contenido a los artículos mencionados, los cuales son meramente declarativos.

De la misma manera, el TUO de la LPCL, en los artículos 29° y 34°, prevén esta protección a la madre trabajadora, recubriéndola bajo el fuero de la maternidad.

Así, entonces tenemos que, a través de ningún instrumento ni nacional ni internacional, se hace una distinción entre las madres trabajadoras del sector privado y las madres trabajadoras del sector público, por lo

que resulta lógico indicar que la distinción hecha por los jueces en esta sentencia carece de cualquier tipo de validez, al ir en contra del ordenamiento jurídico.

1.4. Respecto a dilucidar si el mecanismo de protección planteado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitorio, a través de una aplicación modificada del precedente vinculante Huatuco, procede para los casos de nulidad de despido por embarazo, pudiendo considerarse a este como una protección adecuada frente a este tipo de despido

Habiendo desarrollado los problemas estipulados previamente, se procede a realizar el análisis del problema jurídico principal, cuyo sentido se soporta en las respuestas brindadas en los problemas jurídicos secundarios. Así, a fin de dilucidar si el mecanismo de protección planteado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, a través de un uso modificado del precedente vinculante Huatuco, resulta aplicable para los casos de nulidad de despido por embarazo, es necesario partir de 2 hechos importantes:

- A través del Expediente N°05057-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional resolvió un caso de despido incausado
- A través de la Casación N°8347-2014-Del Santa, se establecen criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por instancias inferiores respecto a la aplicación del precedente vinculante Huatuco, estando entre ellos el hecho de que este precedente no es aplicable a los casos de nulidad de despido

En ese sentido, considero que la no aplicación del precedente a casos de despidos nulos va acorde a derecho, ya que este tipo de despidos, como se ha mencionado, no solo vulnera derechos fundamentales, si no que atenta contra el ordenamiento jurídico, vaciándolo de contenido, en tanto el sustento de nuestro ordenamiento jurídico es la dignidad de la persona humana.

Asimismo, este uso modificado del precedente no hace más que limitar la tutela efectiva de protección de la trabajadora poniendo como garante de la protección condicionada a aquella entidad estatal que vulneró su derecho en primera instancia. En la misma línea, en términos de Mujica, respecto al precedente Huatuco, pero plenamente aplicable a lo que atañe al presente informe, se plantea que “es irrazonable que la sanción por no realizar dichos concursos, o prever

las plazas respectivas y el carácter indeterminado de sus contratos, recaiga sobre el trabajador y no sobre el Estado cuando es éste quien habitualmente actúa de este modo para violar los derechos laborales de sus trabajadores. Y más grave, que se deniegue un recurso efectivo contra esta lesión al derecho humano al trabajo, privando de efectos restitutivos a los recursos intentados por las víctimas” (2015).

De la misma manera, considero que el presente fallo, si bien pretende brindar una protección adecuada a la madre trabajadora, lo que logra es todo lo contrario, ya que –al declarar la nulidad de despido– lo que debió de realizarse es la reposición completa y automática de la trabajadora; sin embargo, al imponerle cargas innecesarias, se afecta su derecho al trabajo y su derecho a la igualdad y no discriminación.

Lo anteriormente mencionado se agrava cuando se procede con la revisión de datos estadísticos que brindan una guía sobre qué nivel de afectación que podría darse al aplicar el tipo de razonamiento de la Sala. Así, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, a través del Informe denominado “La mujer en el Servicio Civil Peruano 2022”, pone a disposición los siguientes datos:

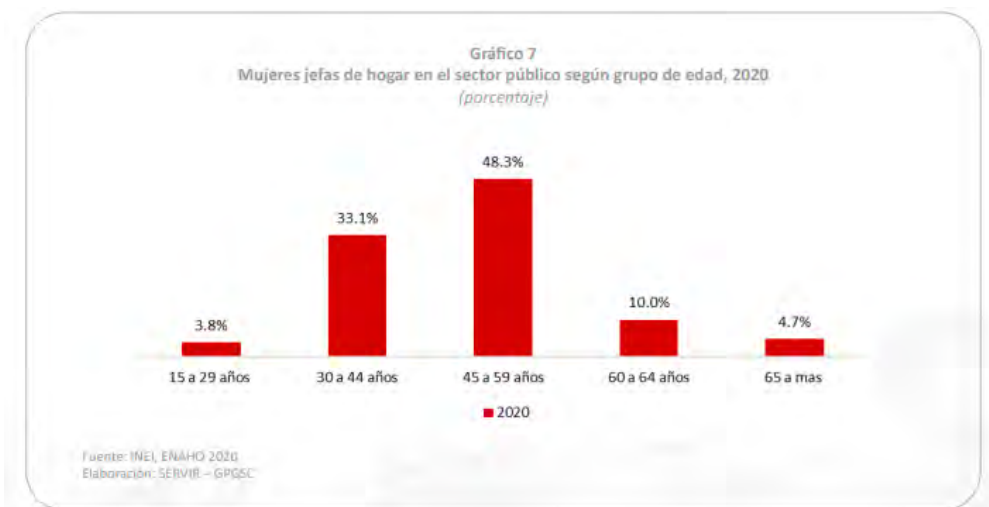
Dentro del total de mujeres que prestan servicios en el sector público, encontramos que -para el 2020- un 26.8% son mujeres jefas de hogar, es decir, mujeres que cuentan con responsabilidades familiares⁴, tal como se puede evidenciar en el siguiente gráfico:



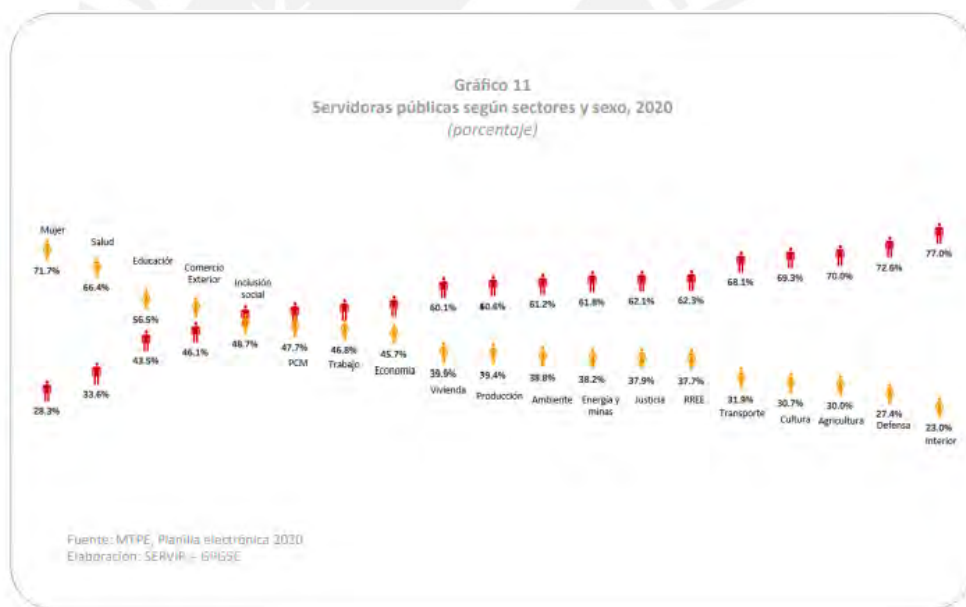
(página 10)

⁴ Para los fines del presente trabajo, si bien las responsabilidades familiares abordan trabajos de cuidado de adultos mayores y de hijos dependientes, se abordará solo el tema de hijos dependientes, generándose así una variación en el porcentaje.

Así, también, se disgrega dicho porcentaje de acuerdo con el grupo de edad y por sectores:



(página 10)



(página 13)

De la revisión de dicha información, se evidencian los siguientes puntos:

- En el sector público existe un mayor porcentaje de jefas del hogar en comparación con el sector privado.
- Las mujeres de 45 a 59 años representan un porcentaje mucho mayor dentro de la fuerza laboral femenina que se encuentra catalogada como jefa del hogar.
- La mayor parte de los sectores con mayor presencia femenina son los sectores ligados a los servicios y al cuidado.

Los datos mencionados generan la necesidad de que el problema a abordar (la protección de la maternidad independientemente del sector) sea abordado a través de un enfoque interseccional. Esto en el sentido de que, como personas, existen muchos factores de identidad que interactúan para formarnos como personas, por lo que la aplicación de este enfoque haría que, analizando varios factores, se logre evaluar los impactos que generan las iniciativas públicas, a través de sus poderes, ya sean negativos o positivos.

Así, aplicando dicho enfoque veríamos que, de aplicarse lo estipulado por la Sala, habría, por ejemplo, un nivel de afectación mayor a aquellas mujeres comprendidas entre los 45 y 59 años, lo cual generaría una consecuencia más allá de la destitución de la institución pública, ya que -por la edad- se complica la reinserción laboral en cualquier otro sector (ello en base a los propios sesgos que poseen las organizaciones al momento de contratar mujeres).

No obstante, pese al bajo porcentaje que representa en la gráfica, también podría existir una afectación a aquellas mujeres de 15 a 29, ya que, por el llamado techo de cristal, podría generarse un rechazo a su contratación en otro sector, basándose en la idea de que, por estar en etapa fértil, podrían generar un porcentaje mayor de ausentismo en el trabajo y, por ende, menor productividad.

Si bien todas las consecuencias planteadas se originan de un sesgo inconsciente, tenemos que la dinámica de contratación en nuestro país y la estructura social del mismo son ámbitos propicios para que estos se sigan perpetuando y afectando a las mujeres. Esta idea se ve reforzada por lo indicado por Carbajal, quien plantea que el valor del trabajo realizado por una mujer y el valor del trabajo realizado por un hombre tienen una percepción desigual, ya que social y empresarialmente existe una idea de que las mujeres resultarían más costosas para el empleador, por los propios costos de la maternidad (2018, p.13).

En ese sentido, no podría ocurrir que ese costo de la maternidad termine siendo el regulador jurídico del trabajo de las mujeres, ya que, si bien no se puede dejar de lado el aspecto biológico, es necesario realizar un análisis interseccional del problema, toda vez que existen múltiples factores para tener en cuenta al momento de adoptar acciones positivas respecto a un fenómeno.

Por su parte, la diferencia entre hombres y mujeres respecto al sector de trabajo al que pertenecen dentro del sector público se ligaría, por ejemplo, a la división sexual del trabajo, en donde a la mujer se le impone roles de cuidado y a los hombres roles de proveedor. Esta división sexual del trabajo si bien es un término que acuñe estereotipos generados en la sociedad, al ser las relaciones laborales, relaciones sociales, es muy poco probable que dichos estereotipos no se vean trasladados al ámbito laboral.

Así, tenemos que el Estado, como garante del goce y ejercicio de los derechos estipulados en la Constitución, debe de adoptar –frente a este tipo de situaciones– una serie de acciones determinadas a lograr una efectiva igualdad, iniciando con medidas equitativas. Una de ellas es el hecho de regular, a través del derecho interno y, en concordancia con los convenios ratificados, situaciones que pueden generar una afectación a un grupo de la sociedad, como lo es el caso de las mujeres.

Las mujeres, por nuestra condición de tal, no solo sufrimos una serie de complicaciones al momento de ingresar al mercado laboral, sino que, la situación se complica incluso más cuando nos encontramos desempeñando un puesto, ya que el rol socialmente impuesto a nuestro género, el de la responsable del cuidado, genera una serie de afectaciones en nuestro crecimiento profesional. Así, se tiene que la mera valoración de los aspectos ligados con el proceso biológico de la maternidad (embarazo, parto, postparto) genera un condicionante que marca profundamente el signo de la regulación jurídica del trabajo femenino, lo cual también implica casi una total identidad entre la regulación del trabajo de la mujer y la protección de su función reproductiva y/o su rol social como responsable del cuidado de los hijos” (Garriguez citado en Caamaño 2009, p. 9).

De esta manera, lo que se necesita no son fallos de protección parcial, si no fallos que, atendiendo al pilar básico de la sociedad, la dignidad de la persona humana, efectivamente protejan a aquellos grupos sociales que se encuentran, históricamente, en situación de desventaja frente a otros, para así lograr a equiparar la situación en el empleo entre mujeres y hombres. Siendo que el fallo aquí cuestionado no brindó una protección acorde a lo que se necesita.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

De acuerdo con lo mencionado en el presente informe, como conclusiones tenemos las siguientes:

Conclusiones secundarias

- No es posible realizar un abordaje individual de la nulidad de despido por embarazo, ya que, desde una óptica colectiva, se evidencia una situación de desigualdad estructural en contra de las mujeres en el campo laboral. Ello genera la necesidad de dar lectura y análisis del problema con un enfoque de derechos humanos referida a proteger a la madre trabajadora.
- El limitante referido al cumplimiento de los requisitos establecidos por el precedente Huatuco para acceder al goce efectivo del derecho a la reposición o a la indemnización no supera el test de proporcionalidad, desde el principio de necesidad.
- La diferenciación entre trabajadoras gestantes del sector público y las del sector privado deviene en inconstitucional, siendo que el fuero de la maternidad, tanto nacional como internacionalmente, no presenta ningún tipo de excepción.

Conclusión principal

- El artificio jurídico creado por los jueces de la Sala con la supuesta finalidad de proteger a la trabajadora deviene en ineficaz para la protección correspondiente, toda vez que no toma en consideración las cifras del colectivo que podría ser afectado, tampoco analiza el problema desde un plano estructural ni mucho menos prevé un mecanismo para evitar la ocurrencia de estos casos.

BIBLIOGRAFÍA

- Arce, E. (1999) La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. *Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.*
- Autoridad Nacional del Servicio Civil (2022) La mujer en el Servicio Civil peruano 2022.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2888781/La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202022.pdf?v=1646660916>
- Avolio, B., Di Laura, G. (2017) Progreso y evolución de la inserción de la mujer en las actividades productivas empresariales en América Latina. *Revista de la CEPAL N°122.* p. 36-62.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42031/1/RVE122_Avoli_o.pdf
- Caamaño, E. (2009) Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombre y mujeres en el trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°33.*
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200004&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Carbajal, Max. (2018) Desigualdad entre los Plazos de Licencias de Maternidad y Paternidad: Una perpetuación de la visión tradicional de los roles de género mediante la Ley. *Pontificia Universidad Católica del Perú: Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13682/CARBAJAL_ALEGRE_MAX_LENIN1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003) Opinión Consultiva N°18, de fecha 17 de septiembre.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2023) Informe Técnico N°02: Situación del Mercado Laboral – Lima Metropolitana.
<https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-mercado-laboral-nov-dic-2022-ene-2023.pdf>
- Islas, R. (2009) Sobre el principio de legalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* p. 97-108.
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf>

- Landa, C. (2014) El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. THEMIS Revista de Derecho N°65. p. 219-241.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10870>

- Lobato, J. (2019) Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso "Sisnero". *Revista de la Facultad de Derecho UBA*.

- Lupa, M., Puma, S. (2019) ¿La estabilidad laboral significa trabajar para siempre? Perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional peruano. *Latina. Revista Derecho y Cambio Social N°57*. p. 313-320.

- Mujica, J. (2015) ¿Se debe desacatar el precedente Huatuco? Portal jurídico de IUS ET VERITAS.

<https://ius360.com/se-debe-desacatar-el-precedente-huatuco/>

- Organización Internacional del Trabajo y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2009) Trabajo y Familia: Hacia Nuevas Formas de Conciliación con Corresponsabilidad Social. *Publicaciones de la OIT*

<https://mba.americaeconomia.com/sites/mba.americaeconomia.com/files/trabajoyfamiliarinm.pdf>

- Rojas, A. (2003) Fuero de la maternidad: Garantía a la estabilidad laboral. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. p. 126-141.

- Sociedad de Comercio Exterior del Perú: ComexPerú (2022) Brechas laborales de género en 2021: ¿cuál es la importancia de la digitalización para reducirlas?

<https://www.comexperu.org.pe/en/articulo/brechas-laborales-de-genero-en-2021-cual-es-la-importancia-de-la-digitalizacion-para-reducirlas>

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

- Valdés Dal-Ré, F. (2008) Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral. En Esther Gómez Campelo y Félix Valbuena González. Igualdad de género. Una visión jurídica plural. Jornadas Igualdad Efectiva. Realidad o Ficción (p. 129-154). *Servicio de Publicaciones e Imagen*.

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019 LIMA Nulidad de despido y otros PROCESO ORDINARIO - NLPT

Sumilla: De acuerdo con el Convenio N.º 183 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, no es necesario que la trabajadora comunique por escrito a su empleador que se encuentra embarazada.

Lima, seis de setiembre de dos mil veintidós

VISTA, la causa número treinta mil quinientos treinta y cinco, guion dos mil diecinueve, **LIMA**, en audiencia pública de la fecha; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Arévalo Vela**, y producida la votación con arreglo a ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante, **Kelly Antonia Jara Torres**, mediante escrito del siete de agosto del dos mil diecinueve, que corre de fojas cuatrocientos setenta y dos a cuatrocientos setenta y nueve, contra la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución del veintitrés de mayo de dos mil diecinueve, que corre de fojas quinientos seis a quinientos dieciséis, que confirmó la **Sentencia apelada** contenida en la resolución del diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, que corre de fojas trescientos sesenta y dos a trescientos setenta y tres; en el proceso seguido contra el **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI**, sobre nulidad de despido y otros.

CAUSALES DEL RECURSO

Por resolución del siete de junio de dos mil veintidós, que corre de fojas treinta y nueve a cuarenta y dos del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso interpuesto por las causales siguientes: **a) infracción normativa del**

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.° 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

inciso e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.° 003-97-TR, y b) infracción normativa del artículo 23° de la Constitución Política del Perú; correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento de fondo sobre dichas causales.

CONSIDERANDO

Primero. Desarrollo del proceso

- a)** La actora interpuso demanda mediante escrito del treinta de enero de dos mil dieciocho, que corre de fojas cinco a quince, ampliada mediante escrito que corre de fojas ciento cuarenta y cuatro a ciento cuarenta y siete, solicitando que se declare la nulidad del despido de la que ha sido objeto por motivo de su embarazo y, en consecuencia, que se le reponga en su puesto laboral y se ordene a la demandada cumpla con pagarle todas las remuneraciones dejadas de percibir desde que se produjo su cese; asimismo, pide el reconocimiento de una relación de trabajo a plazo indeterminado al haberse desnaturalizado los contratos de locación de servicios y los contratos administrativos de servicios (CAS), suscritos con la demandada desde el diecinueve de agosto de dos mil trece hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil diecisiete, más costos y costas, y los intereses legales que correspondan.
- b)** El Vigésimo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia del diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, que corre de fojas trescientos sesenta y dos a trescientos setenta y tres, declaró fundada en parte la demanda; en consecuencia, se reconoció a la actora como trabajadora dentro del régimen

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

laboral privado, Decreto Legislativo N.º 728, con contrato de trabajo a plazo indeterminado desde el diecinueve de agosto de dos mil trece al treinta y uno de diciembre de dos mil diecisiete; además, se declaró infundado el extremo de nulidad de despido, reposición y pago de remuneraciones devengadas, con lo demás que contiene.

- c) La Tercera Sala Laboral Permanente de la citada Corte, mediante Sentencia de Vista del veintitrés de mayo de dos mil diecinueve, que corre de fojas quinientos seis a quinientos dieciséis, confirmó la sentencia apelada por considerar entre otros argumentos, que ninguno de los medios probatorios que acompañan el escrito de demanda, la actora cumplió con hacer de conocimiento formal a su empleador su estado de embarazo, conforme lo requiere la última parte del inciso e) del artículo 29º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR; por lo que, no resulta atendible su pretensión de despido nulo, toda vez que consideran que a la suscripción del último contrato, el veintinueve de setiembre de dos mil diecisiete, la demandante aún no tenía conocimiento de su embarazo.

Segundo. Sobre la **infracción normativa del inciso e) de artículo 29º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR**, debemos decir que esta norma legal dispone lo siguiente:

[...]

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

[...]

e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del período 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 este caso la existencia de causa justa para despedir.

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

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Cabe indicar que el texto original de este literal fue modificado por la Ley N.º 30367, publicada el veinticinco de noviembre de dos mil quince, y luego por la Ley N.º 31152, publicada el uno de abril de dos mil veintiuno; sin embargo, resulta aplicable al presente caso, el texto modificado en el año dos mil quince, teniendo en cuenta que la demanda fue interpuesta el treinta de enero de dos mil dieciocho.

Tercero. Con relación a esta causal denunciada por la recurrente, entre otros argumentos, sostiene que:

[...] Como puede apreciarse, **la norma no señala que dicha comunicación debe hacerse solamente en forma física o carta impresa.** Lo que se exige es que, durante la relación laboral, el empleador llegue a tomar conocimiento del embarazo de forma documentada, es decir, a través de cualquier tipo de documento. Con el avance de la tecnología, se sabe que los documentos ahora también son electrónicos y hasta un simple tuit se puede considerar un documento. **Tampoco señala que se debe presentar una comunicación dirigida directamente a la Oficina de Recursos Humanos.** Solo se establece que la notificación al empleador debe realizarse «documentalmente» y «en forma previa al despido», es decir, pudo presentarse al jefe inmediato, por mesa de partes o por canales de comunicación internos [...] Por lo tanto, la forma de presentación del documento no tiene relevancia porque **lo que importa es si el acto de notificación cumplió su finalidad,** más aún si se pretende proteger de manera especial a la madre trabajadora [...].

Cuarto. Esta Sala Suprema considera que previamente al análisis del inciso e) del artículo 29º del citado Decreto Supremo, modificado por la Ley N.º 30367, se debe tener en cuenta lo siguiente:

Evolución Legislativa

a) Artículo 23º de la Constitución Política del Perú de 1993

El primer párrafo de este artículo señala que el Estado protege especialmente a la madre trabajadora.

**b) C183 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000
(núm. 183)**

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Convenio sobre la protección de la maternidad. Convenio aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.º 303 12, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el veintidós de marzo de dos mil quince, en su artículo 8º dispone lo siguiente:

[...]

1. Se prohíbe al empleador que despida 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.

[...].

c) C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 22 de junio de 1982

Convenio relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (Entrada en vigor: 23-11-1985) Adopción: Ginebra, (22 junio 1982). Este convenio, aun cuando no ha sido ratificado por el Perú, sirve como una guía de orientación al juez al momento de resolver, pues en su artículo 5º dispone lo siguiente:

“Entre los motivos que no constituirán causa justificada para terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: [...] d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social”.

d) Ley N.º 2851, Trabajo de los niños y mujeres por cuenta ajena, del 19 de noviembre de 1918, derogada en 1995.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

“Artículo 18º.- La mujer despedida por el empresario dentro de los tres meses anteriores o posteriores al alumbramiento, tiene derecho a los salarios de noventa días, sin perjuicio de las indemnizaciones previstas en el contrato del trabajo”.

- e) **Ley N.º 4239, Mujeres y menores de 18 años que trabajen los sábados en la tarde, descansarán otro día de la semana no feriado, del 26 de marzo de 1921, derogada en 1995.**

Estableció una indemnización por condición de mujer, cuando dispuso:

“[...] Las mujeres y los niños que sean separados del trabajo, sin causa justificada recibirán el sueldo o salario de dos meses [...]”.

Sentencias del Tribunal Constitucional

- f) **Expediente N.º 05652-2007-PA/TC, del 06 de noviembre de 2008, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:**

[...]

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

47. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.

48. De este modo, en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de sexo.

49. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.

50. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del Art. 2 de la Constitución Política.
51. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.
52. Por ello, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.
53. En este sentido, el apartado d), del Art. 5 del Convenio 158 prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. De otra parte, según el Art. 4.1 de la Recomendación 95, el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico.
54. Asimismo debe tenerse presente que el Art. 11.1.2 de la CEDM establece que la mujer debe estar protegida en el trabajo frente a la discriminación basada en la maternidad. De ahí que el Estado peruano haya asumido las obligaciones de prohibir a los empleadores utilizar el embarazo como criterio para la contratación o el despido de empleadas, y de adoptar todas las medidas necesarias para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo, concediéndoles prestaciones como la licencia de maternidad remunerada, subsidios para el cuidado de los hijos y una protección especial de la salud durante el embarazo.
55. Por lo tanto, sobre la base del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, puede concluirse que la mujer embarazada está protegida contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo. Es más, el inciso e) del Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR prescribe que el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido.

[...].

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

g) Expediente N.º 04844-2008-PA/TC, 14 de abril de 2010, el Tribunal Constitucional señaló:

[...]

“5. Para declarar nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, lesivo del derecho a la no discriminación por razón del 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 de dicho estado por la trabajadora al empleador”.

h) Expediente N.º 2748-2021-PA/TC, del 22 de julio de 2022, el Tribunal Constitucional, que por razón de temporalidad solo sirve como una guía de orientación a este Colegiado al momento de resolver, ha establecido lo siguiente:

[...]

10. En consecuencia, para este Tribunal Constitucional, el hecho de que la demandante se encontrase embarazada de seis meses y que fuera notorio su estado de gestación, no es un hecho controvertido, sino, por el contrario, pacífico; lo que únicamente no existe es un documento entregado por la demandante, en el que hubiese comunicado su estado de gestación.

11. En lo referente a la necesidad de comunicar al empleador el embarazo para que opere la protección reforzada que otorga la Constitución, esta ya no es exigible, desde que el Perú ratificó el Convenio 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad 13, el cual es aplicable como norma de derecho nacional [...] Este convenio establece que esa protección es de carácter objetivo. El artículo octavo prohíbe “al empleador que despida a una mujer que esté embarazada”, es decir, que esa prohibición no está condicionada a comunicación alguna: es suficiente que la trabajadora demuestre que se encuentra en estado de gestación para que opere una suerte de “fuero maternal”, que impide al empleador poner fin al contrato de trabajo unilateralmente -sea por el despido como por la no renovación de un contrato temporal-, “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” [...]

12. En este sentido, a tenor del artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, y conforme a lo expresado en los fundamentos de la presente sentencia, se concluye que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo, encubierto de un contrato civil pactado en fraude de ley, que tuvo como causa su estado de embarazo, ya que el empleador no ha demostrado la existencia de una causa distinta para poner fin a la relación laboral.

[...].

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Quinto. Sentencias de la Corte Suprema

Esta Sala Suprema en la **Casación Laboral N.º 2016-2014-Lima** del veintisiete de octubre de dos mil catorce, estableció que la correcta interpretación del inciso e) del artículo 29º del Decreto Supremo N.º 003-97- TR, es el siguiente:

En todo despido de una trabajadora durante el período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir, o si la sanción de despido impuesta no cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en consecuencia las trabajadoras embarazadas o de reciente maternidad que incumplan con sus obligaciones de trabajo podrán ser despedidas por sus empleadores, sin responsabilidad para éstos, previo cumplimiento del procedimiento establecido en la ley, cuando de manera intencional cometan una falta grave prevista en el artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Sexto. Requisito de la comunicación previa del estado de gestación

Sobre el requisito de la comunicación previa al empleador del estado de gestación, la doctrina no es pacífica. Un sector admite que la comunicación documental al empleador del estado de gestación, excepcionalmente, no será exigible cuando el embarazo sea evidente; vale decir, que la notificación del embarazo serviría solo cuando el estado de gravidez no fuera evidente, es decir, su despido sería nulo si de la sola observación externa de la trabajadora se desprendiera su condición de gestante.

Otro sector considera que es necesaria la comunicación al empleador por cualquier medio válido.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 2748-2021-PA/TC del veintidós de julio de dos mil veintidós, que sirve de fuente de ilustración a este Colegiado, ha sostenido la posición siguiente:

“11. En lo referente a la necesidad de comunicar al empleador el embarazo para que opere la protección reforzada que otorga la Constitución, esta ya no es exigible, desde que el Perú ratificó el Convenio 183 de la OIT, sobre protección de la maternidad, el cual es aplicable al derecho nacional”.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.° 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

En consecuencia, para el supremo intérprete de la Constitución Política del Perú, no es necesario que la trabajadora comunique su condición de embarazada para gozar de protección frente al despido nulo.

Sétimo. Doctrina jurisprudencial

Teniendo en cuenta los fundamentos señalados en los considerandos anteriores esta Suprema Sala considera que, en uso de la facultad que le confiere el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es necesario establecer como Doctrina jurisprudencial respecto de la prueba en los procesos de nulidad del despido por maternidad las reglas siguientes:

“En los procesos de nulidad del despido por móvil originado en el embarazo de las trabajadoras, los jueces de todas las instancias deberán tener en cuenta las reglas siguientes:

1. Se presume que el despido ha tenido como móvil el embarazo cuando produce durante el periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto.
2. No resulta necesario que la trabajadora comunique al empleador por escrito su condición de gestante.
3. El empleador tiene la carga de la prueba de la causa justa de despido cuando este se produzca durante el periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto.
4. En el caso de trabajadoras gestantes despedidas durante el periodo de prueba, sin que exista una causa justa, se presume que el móvil del despido ha sido el embarazo”.

Octavo. Hechos demostrados en el proceso

En el presente caso, está acreditado lo siguiente:

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.° 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

- a) Que, la actora laboró en el cargo de apoyo administrativo, desde el diecinueve de agosto de dos mil trece al treinta y uno de diciembre de dos mil diecisiete en que fue despedida, lo que se corrobora con la Carta N.° 161-2017/GRH-INDECOPI del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas diecisiete, habiendo laborado primero por contratos de locación de servicios y luego por contratos administrativos de servicios – CAS, que corren de fojas treinta y seis a ochenta y siete.
- b) Que, la parte demandada sostiene que el despido se debió al vencimiento del contrato, ocurrido el treinta y uno de diciembre de dos mil diecisiete, tal como se verifica de la Carta N.° 161-2017/GRH-INDECOPI del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas diecisiete.
- c) Que, la demandante presentó dos solicitudes de permiso para acudir a sus controles de embarazo, los días treinta de octubre de dos mil diecisiete y seis de noviembre de dos mil diecisiete, que corren de fojas ciento treinta y cuatro a ciento treinta y cinco.
- d) Que, las solicitudes de permiso para acudir a controles de embarazo fueron autorizadas o aprobadas por el usuario SCHUMBEA, que corresponde a su jefe inmediato en la Gerencia de Administración y Finanzas, lo que implica que dichos documentos fueron o debieron ser puestos a conocimiento del área administrativa pertinente para que no se considere esos días como falta o inasistencia injustificada al trabajo.
- e) Que, de lo expresado en los literales c) y d) ha quedado demostrado que la empleadora, antes del vencimiento de contrato, tuvo conocimiento

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

expreso del embarazo de la actora y a pesar de ello no renovó su contrato.

Noveno. Solución del caso concreto

Teniendo en cuenta las reglas establecidas en el considerando sétimo de esta sentencia, y atendiendo a que el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez de la actora, no habiéndose además demostrado una causa justa para la no renovación del contrato de su trabajo, debe presumirse que en realidad estamos frente a un despido nulo por haberse configurado la causal prevista en el inciso e) del artículo 29º de l Decreto Supremo N.º 003-97-TR, inciso modificado por la Ley N.º 30367, publicada el veinticinco de noviembre de dos mil quince, aplicable por razón de temporalidad como ya se explicó en el segundo considerando de la presente resolución; en consecuencia, el Colegiado Superior ha incurrido en infracción normativa de la citada norma legal; por lo que el recurso interpuesto deviene en **fundado**.

Décimo. Reposición de la demandante

Esta Sala Suprema teniendo en cuenta que la demandante es una trabajadora al servicio de una entidad de la Administración Pública y que su ingreso como trabajadora permanente solo podía producirse por concurso público de méritos, conforme a lo dispuesto en el precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 05057- 2013-PA/TC, el artículo 5º de la Ley N.º 28175 y la Casación Laboral N.º 8347- 2014-Del Santa, que constituye doctrina jurisprudencial; dispone que su reposición sea con carácter temporal, hasta que la parte demandada convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. Cabe anotar, que si la actora no se

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.° 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

presenta al concurso o presentándose no lo aprueba, su contrato se da por terminado sin derecho al pago de indemnización alguna.

Undécimo. En cuanto a la **infracción normativa del artículo 23° de la Constitución Política del Perú**, debemos señalar que habiéndose determinado en el considerando anterior que el despido de la actora es nulo y que debe ser repuesta en su centro de trabajo, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la segunda causal denunciada.

Por estas consideraciones:

FALLO:

1. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante, **Kelly Antonia Jara Torres**, mediante escrito del siete de agosto del dos mil diecinueve, que corre de fojas cuatrocientos setenta y dos a cuatrocientos setenta y nueve.
2. **CASARON** la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución del veintitrés de mayo de dos mil diecinueve, que corre de fojas quinientos seis a quinientos dieciséis, **solo en el extremo que confirmó la sentencia apelada**, contenida en la resolución del diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, que corre de fojas trescientos sesenta y dos a trescientos setenta y tres, que declaró infundada la pretensión de nulidad de despido, reposición y pago de remuneraciones devengadas; y, **actuando en sede de instancia**, la **REVOCARON solo en el extremo** que declaró infundada la pretensión de nulidad de despido, reposición y pago de remuneraciones devengadas, **reformándola** se declaró fundada la pretensión de nulidad de despido.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 30535-2019

LIMA

**Nulidad de despido y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

3. **DISPUSIERON** reponer a la actora en el cargo que venía ocupando al momento de su despido, o en otro de igual o similar categoría con el pago de las remuneraciones devengadas, confirmando lo demás que contiene.
4. **DECLARARON** que lo dispuesto en el Considerando Séptimo de la presente sentencia constituye Doctrina Jurisprudencial de obligatorio cumplimiento conforme a lo establecido en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
5. **ORDENARON** la publicación del texto de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; en el proceso seguido contra el **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI**, sobre nulidad de despido y otros; y los devolvieron.

S.S.

ARÉVALO VELA

TORRES GAMARRA

PINARES SILVA DE TORRE

ATO ALVARADO

CARLOS CASAS

L. Ch./avs