

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Sentencia No. 02748-2021-PA/TC

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

Viviana Daniella Huamaní Rossini

ASESOR:

Paul Carlos Elias Cavalie Cabrera

Lima, 2024

## Informe de Similitud


Yo, CAVALIE CABRERA, PAUL CARLOS ELIAS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Sentencia No. 02748-2021-PA/TC", del autor(a) HUAMANI ROSSINI, VIVIANA DANIELLA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15/07/2024.

- He revisado con detalle dicho reporte y 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, 15 de julio del 2024

CAVALIE CABRERA, PAUL CARLOS ELIAS	
DNI: 08853841	Firma:
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-0928-3495">https://orcid.org/0000-0002-0928-3495</a>	

**Para mis padres, Gisselle, y mis tres luces: Roberto, Patricia y Lucero.  
Gracias por absolutamente todo.**



## **RESUMEN**

La sentencia recaída en el Expediente No. 02748-2021-PA/TC, caso Meléndez Vega, ha introducido un nuevo paradigma en la interpretación de la protección reforzada de las trabajadoras gestantes. Esta interpretación de la tutela reforzada se ha visto reflejada en el apartamiento de los criterios de primacía de los principios del empleo público, establecidos en la sentencia del caso Huatuco Huatuco; y en la generación de riesgos interpretativos sobre la obligación de notificar el estado de gestación al empleador, dado que tal situación conduce a la ausencia de criterios para la protección de la salud de la trabajadora gestante y parámetros para la determinación de un embarazo notorio. Además, la sentencia resulta disruptiva en la tendencia resolutoria de los amparos laborales, al ordenar una reposición provisional que aparenta observar a futuro los principios de meritocracia y provisión presupuestal.

### **Palabras clave**

Protección reforzada de la trabajadora gestante, principios del empleo público, seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora gestante, tutela restitutoria y resarcitoria del proceso de amparo.

### **ABSTRACT**

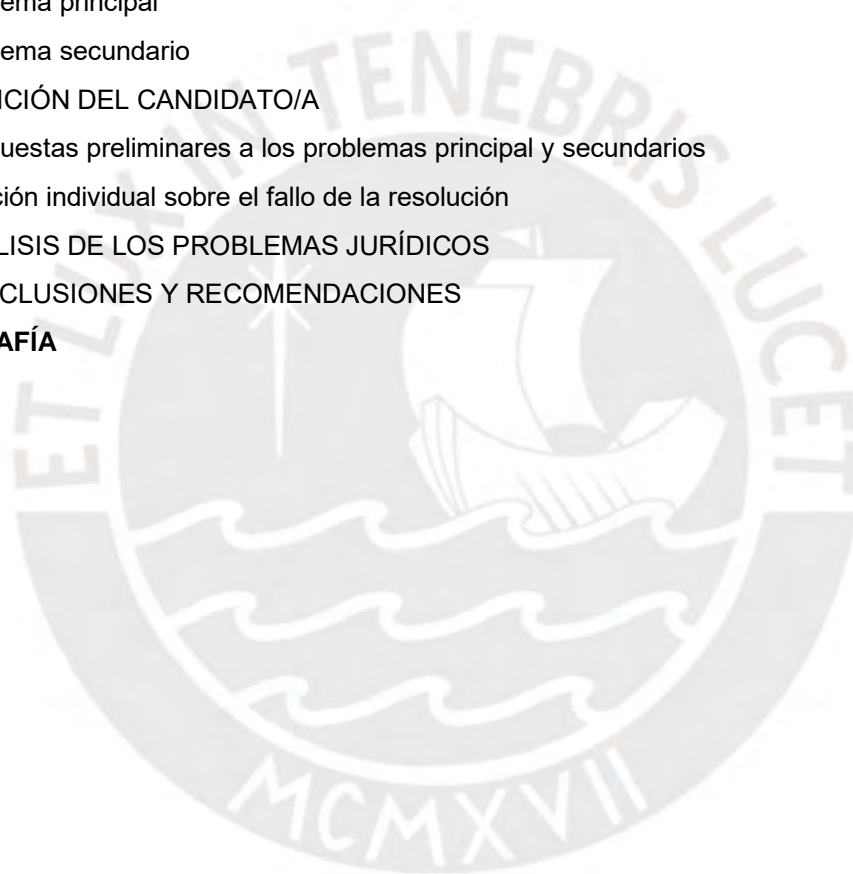
The resolution of the Case No. 02748-2021-PA/TC, Meléndez Vega, has introduced a new paradigm in the interpretation of enhanced protection for pregnant workers. This interpretation of enhanced guardianship is evidenced by departing from the primacy criteria of public employment principles established in the Huatuco Huatuco case, and by generating interpretative risks regarding the obligation to notify the employer of pregnancy status, given that such a situation leads to a lack of criteria for the protection of the pregnant worker's health and parameters for determining conspicuous pregnancy. Furthermore, the judgment disrupts the customary resolution trend in labor amparos by ordering provisional reinstatement that ostensibly anticipates adherence to meritocracy and budgetary provision principles, along with restitution of withheld wages.

### **Keywords**

Special protection for pregnant workers, principles of public employment, health and safety of pregnant workers, compensatory and restitutive guardianship in the amparo process.

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO</b>	<b>3</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>4</b>
1.1 Justificación de la elección de la resolución	4
1.2 Presentación del caso	5
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES</b>	<b>7</b>
2.1 Antecedentes	7
2.2 Hechos relevantes del caso	9
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	<b>12</b>
3.1 Problema principal	12
3.2 Problema secundario	13
<b>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A</b>	<b>13</b>
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	13
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	14
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	<b>15</b>
<b>VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>50</b>



## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	Expediente No. 02748-2021-PA/TC
<b>ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</b>	Derecho laboral del sector público, Derechos fundamentales y Derecho Constitucional
<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Sentencia No. 05057-2013-AA</li> <li>2. Sentencia No. 02392-2021-PA/TC</li> <li>3. Sentencia No. 0206-2005-PA/TC</li> <li>4. Sentencia No. 6681-2013-PA/TC</li> <li>5. Sentencia No. 0024-2003-AI/TC</li> <li>6. Casación Laboral No. 7913-2019 DEL SANTA</li> <li>7. Resolución No. 04 del Juzgado Civil de Tambopata, Expediente No. 00127-0-2701-JR-CI-01</li> <li>8. Resolución de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, Expediente No. 00127-0-2701-JR-CI-01.</li> </ol>
<b>DEMANDANTE/DENUNCIANTE</b>	Jenny Marvila Meléndez Vega
<b>DEMANDADO/DENUNCIADO</b>	Hospital I Víctor Lazo Peralta – Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud
<b>INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL</b>	Tribunal Constitucional
<b>TERCEROS</b>	-
<b>OTROS</b>	Se abordará el contenido del expediente No. 02748, sin embargo, también se evaluará la aplicación del contenido del expediente No. 05057-2013-PA/TC.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1 Justificación de la elección de la resolución

La elección de la Sentencia se encuentra motivada en la relevancia de la materia de evaluación constitucional, ya que el Tribunal Constitucional establece un nuevo paradigma sobre la desnaturalización de los contratos civiles en el sector público, la nulidad de despidos de trabajadoras gestantes, y la reposición de trabajadores estatales.

En esa línea, la decisión del supremo intérprete de la Constitución ha reflejado un distanciamiento del precedente constitucional vinculante establecido en la Sentencia recaída en el Expediente No. 05057-2013-AA (en adelante, “Caso Huatuco”), el cual establece que, ante la desnaturalización de un contrato de naturaleza temporal o civil en una entidad pública, la reposición solo procederá cuando se trate de una plaza que forme parte de la carrera administrativa, a la que se haya accedido por concurso público y esté presupuestada. En contraposición a este criterio, la sentencia recaída en el Expediente No. 02748-2021-PA/TC (en adelante, “Caso Meléndez Vega”), la cual es materia de análisis en el presente Informe, ha descartado para ese caso la aplicación del precedente constitucional vinculante del caso Huatuco, al considerar que se trataba de una trabajadora que se encontraba gestando cuando fue desvinculada de la entidad pública en la que prestaba servicios.

El Tribunal Constitucional ha sostenido explícitamente que la sola existencia del estado de gestación de la demandante convierte el despido en nulo, independientemente de tratarse de una desvinculación en una entidad estatal; y, consecuentemente, atribuye a esta circunstancia la aplicación “*en forma parcial*” del precedente del caso Huatuco.

En ese sentido, estos nuevos criterios implican una modificación radical y relevante sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional en los procesos de amparo laboral. Asimismo, el análisis de las decisiones del Tribunal Constitucional en el caso Meléndez Vega exige una observación y opinión respecto a la interpretación que este colegiado realiza sobre el contenido del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “OIT”), sobre la protección de la maternidad. Al respecto, se adopta una postura firme en relación con la obligatoriedad de dar aviso del estado de gestación de las trabajadoras: desde la ratificación de dicho Convenio, ya no es exigible la necesidad de comunicar al empleador el estado de gestación, y mucho menos acreditarlo con algún documento médico.

Esta situación ha tenido una específica repercusión no solo en las facultades del empleador, sino también en el desarrollo de su obligación de brindar protección a la trabajadora gestante. En ese sentido, corresponde efectuar una evaluación sobre el nuevo marco de ejercicio de la protección de las madres gestantes por parte del empleador, ante el posible desconocimiento de su estado de gestación; y si esta decisión tiene un efecto doble, positivo a efectos de la protección reforzada de las trabajadoras gestantes, y negativo respecto a las medidas de protección que podrán ser implementadas para proteger la integridad y salud de las trabajadoras y del feto.

Así entonces, se aprecia que el Tribunal Constitucional ha establecido una prevalencia de la protección reforzada de las trabajadoras gestantes por sobre los principios de mérito y provisión presupuestaria en el empleo público, por lo que esta decisión merece ser evaluada a efectos de formar una postura sobre el rol del Tribunal Constitucional en los procesos de nulidad del despido y la protección fundamental al trabajo y a la igualdad en el trabajo. Por lo tanto, como se presenta puntualmente, la sentencia del Caso Meléndez Vega tiene efectos relevantes e, incluso, radicales respecto a la protección de las madres gestantes trabajadoras y su participación en el empleo público. Su complejidad, debido a las distintas aristas abarcadas por el Tribunal Constitucional, amerita que se establezca una postura en pro de la protección de las mujeres trabajadoras y de la oportunidad de acceso al empleo en el sector público.

## **1.2 Presentación del caso**

El caso objeto de análisis del presente Informe consiste en la demanda de Amparo presentada por la señora Jenny Marvila Meléndez Vega, quien desempeñó el cargo de técnica de enfermería en el Hospital I Víctor Lazo Peralta – Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud (en adelante, “el Hospital”). La demandante prestó servicios para el Hospital desde el mes de octubre de 2019 hasta el mes de agosto de 2020 como locadora de servicios mediante “*órdenes de compra*”, y su aparente vínculo civil con el Hospital terminó cuando se negó a firmar una orden de compra para extender el plazo de su locación, debido a la desnaturalización de su relación laboral, que de hecho tenía la naturaleza de una relación laboral a plazo indeterminado con el Hospital.

De acuerdo con los hechos presentados durante el proceso constitucional de Amparo, la demandante estaba embarazada al momento de la no renovación de su vínculo contractual, y se presume que su estado de gestación era conocido por su empleador por tres razones: ella recibía atención prenatal en el mismo Hospital, presentó



descansos médicos fundamentados en su embarazo, y su avanzado estado de gestación resultaba notorio, al contar con seis meses de embarazo cuando fue desvinculada.

Así entonces, luego de la publicación de la decisión judicial de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró fundada la apelación del Hospital e improcedente la nulidad de despido solicitada por la demandante, esta última presentó una demanda de Amparo contra dicha sentencia. En respuesta, el Tribunal Constitucional ordenó la reposición "*provisional*" de la demandante y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde su desvinculación. Asimismo, en el desarrollo de esta decisión, el Tribunal Constitucional ha establecido un importante criterio a tomar en consideración: la mera condición de gestación de la demandante y la ratificación del Convenio 183 de la OIT activan una protección reforzada de las trabajadoras gestantes. Esto implica, entonces, que en casos como este se aplicarán "*parcialmente*" los criterios del Caso Huatuco sobre la reposición por desnaturalización del vínculo temporal o civil en los empleos del Servicio Civil (antes señalada como Carrera Pública).

A partir de los hechos y fundamentos legales presentados en la sentencia analizada, el presente Informe expondrá los problemas que pueden surgir de su aplicación en el criterio judicial de los tribunales de justicia del Estado. Esta sentencia, principalmente, introduce un nuevo paradigma sobre la aplicación del precedente constitucional vinculante desarrollado en el caso Huatuco, toda vez que privilegia el ejercicio de la protección reforzada de las trabajadoras gestantes por sobre los principios fundamentales del acceso y participación en el Servicio Civil. Esta modificación de la interpretación de la nulidad de despido en el sector público por desnaturalización del contrato de naturaleza temporal o civil, en efecto, ha innovado la postura tradicional del Tribunal Constitucional en materia laboral, al contemplar, para casos como el que se analiza, la posibilidad de disponer una "reposición provisional", figura a la que anteriormente nunca apeló, en una plaza laboral del Estado que no ha sido sometida a concurso público ni se encontraba presupuestada. Por lo tanto, el problema principal radica en la posible incertidumbre que puede generar este criterio en casos similares que puedan implicar la afectación de los derechos fundamentales de otros servidores públicos cuyo vínculo laboral indeterminado no se encuentra formalizado, toda vez que la aplicación parcial de los criterios del Caso Huatuco podría alejar temporalmente la resolución de este tipo de casos.

Por otro lado, existe como problema secundario que se refleja en la sentencia del caso Meléndez Vega en relación con la obligación de informar el estado de gestación y su acreditación por parte de la trabajadora, dado que el Tribunal Constitucional establece que, debido a la ratificación del Convenio 183 de la OIT, las trabajadoras ya no se encuentran en la obligación de informar a sus empleadores sobre su estado de embarazo. Esta situación podría implicar un perjuicio en la obligación de proteger la seguridad y salud de las trabajadoras gestantes, originado en el desconocimiento por parte del empleador de dicha situación de la trabajadora.

Por lo tanto, a efectos de evaluar los problemas identificados en la sentencia del caso Meléndez Vega, se realizará una evaluación del contenido y contexto de la jurisprudencia relevante, como lo es el precedente del caso Huatuco Huatuco, como la aplicación de este nuevo criterio constitucional en sede constitucional y judicial, tal como se aprecia de la resolución de la casación No. 7913-2019 DEL SANTA y la sentencia recaída en el expediente No. 01541-2022-PA/TC (en adelante, “caso Gómez Bulnes”).

Asimismo, debido a la materia de análisis, la cual constituye necesariamente un análisis desde el derecho laboral y constitucional peruano, corresponde la revisión de los instrumentos constitucionales como la Constitución Política del Perú de 1993 y la Ley No. 31307, que aprueba el Nuevo Código Procesal Constitucional. Además, en vista del contenido revisado sobre la desnaturalización del contrato de locación de servicios en el servicio civil y la nulidad del despido de la trabajadora gestante, corresponde que el presente Informe desarrolle y evalúe el contenido del TUO de la LPCL y su Reglamento, la Ley del Servicio Civil, la Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres y su Reglamento, la Ley No. 29783 (en adelante, “Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo”) y su Reglamento.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

### **2.1 Antecedentes**

La sentencia del Caso Huatuco marca un punto crucial en la interpretación de los principios del empleo público. Esta sentencia, establecida como un precedente constitucional vinculante, estipula en su contenido la aplicación extensiva de los principios de igualdad de oportunidades, mérito y provisión presupuestaria en cualquier situación legal interpretativa que pueda surgir.

En esa línea, con fecha 4 de julio de 2013, se promulgó la Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil, la cual derogó a la Ley No. 28175, Ley Marco del Empleo Público. Esta nueva legislación establece los principios del Servicio Civil, como la igualdad de oportunidades, el mérito y la provisión presupuestaria, entre otros.

De esta manera, para acceder a una plaza laboral en el sector público, la legislación establece que los postulantes deben contar con igualdad de oportunidades y ser seleccionados en función de su mérito (es decir, ingresar por concurso público) y siempre condicionado por la disponibilidad presupuestaria. Estos principios son fundamentales y se aplican en cualquier situación legal interpretativa, tal como se desarrolla en el contenido de la sentencia del Caso Huatuco.

Sin embargo, la sentencia del caso Meléndez Vega ha generado un enfrentamiento analítico entre los derechos fundamentales de la mujer trabajadora y los principios del empleo público. Se observa que los derechos fundamentales de la mujer trabajadora, como el derecho a la no discriminación y al trabajo, prevalecen sobre los principios del empleo público, lo que establece un precedente importante para el criterio judicial.

Al respecto, en cuanto a la protección del derecho al trabajo y la no discriminación de las trabajadoras gestantes y en periodo de lactancia, el Estado peruano ha desarrollado el contenido de esta obligación en distintos instrumentos legales. Por ejemplo, el Decreto Supremo No. 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, "TUO de la LPCL"), establece que es nulo el despido de una trabajadora en estado de gestación o durante el periodo de lactancia.

Esta protección reforzada responde a los derechos fundamentales reflejados en el artículo 2 y 23 de la Constitución Política del Perú de 1993, referida a los derechos a la igualdad, no discriminación y al trabajo, y a la protección especial a la madre trabajadora; y recientemente a partir de la ratificación del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, realizado el 9 de mayo de 2016. Este Convenio, al regular el derecho fundamental al trabajo y a la no discriminación, forma parte del bloque constitucional del Estado, lo que tiene efectos directos en la legislación y su interpretación.

Así entonces, la adaptación de la legislación a las disposiciones del Convenio 183 se ha reflejado en normas como la Ley No. 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres. Específicamente, mediante su artículo 6 se prohíbe la no renovación del contrato de trabajo temporal por motivos relacionados con

la condición de gestante o de lactancia de las trabajadoras y, explícitamente, estipula que dicha prohibición se realiza en el marco de lo previsto en el Convenio 183. Además de esta norma, existen otros cuerpos legislativos que reflejan la responsabilidad del Estado respecto a la protección reforzada de las mujeres trabajadoras gestantes.

Esta protección también ha sido reconocida en la jurisprudencia, tanto a nivel judicial como constitucional, como lo es el caso Meléndez Vega y los siguientes que han llegado al Tribunal Constitucional en los subsiguientes años. Por lo tanto, la sentencia del caso Meléndez Vega y la adaptación de la legislación a los estándares internacionales, como el Convenio 183 de la OIT, han establecido un marco legal y jurisprudencial sólido para la protección de los derechos de las trabajadoras gestantes y en periodo de lactancia en el sector público.

Así entonces, casi nueve años después de la publicación del caso Huatuco, el Tribunal Constitucional ha establecido que, ante la concurrencia de un despido nulo por desnaturalización de un contrato de naturaleza temporal o civil en el sector público, se deberá evaluar que no exista una vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada y, en el caso de tratarse de una trabajadora gestante o en periodo de lactancia, no se observará en su totalidad el cumplimiento de los principios fundamentales del Servicio Civil, tal como lo dispone el precedente Huatuco.

## **2.2 Hechos relevantes del caso**

Los hechos de la sentencia corresponden a la decisión de despido de la trabajadora Jenny Marvila Meléndez Vega, con fecha 13 de agosto de 2020, por parte del Hospital I Víctor Lazo Peralta – Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud.

La demandante trabajó en el Hospital como técnica de enfermería desde el 3 de octubre de 2019 hasta el 17 de julio de 2020, bajo un contrato de locación de servicios. Después de esta fecha, continuó trabajando sin un contrato formal y, el 13 de agosto de 2020, decidió no firmar una orden de compra que extendía su contrato civil. Finalmente, fue despedida el 27 de agosto de 2020, estando embarazada.

El 27 de agosto de 2020, Jenny Marvila Meléndez Vega presentó una demanda de Amparo ante el Juzgado Civil de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, argumentando un despido arbitrario e ilegal por parte del Hospital Víctor Lazo Peralta de EsSalud.

En esta primera instancia resolutive del proceso judicial, la demandante sostiene que su estado de gestación resultaba evidente, por lo que no debieron despedirla. Asimismo, sostiene que desde el día 17 de julio hasta la extinción de su relación contractual, se encontró laborando sin ningún contrato ni orden de compra, y atendía las indicaciones de su superiora jerárquica.

El Hospital, por su parte, defendió que la contratación de la demandante fue bajo locación de servicios y que, según el Caso Huatuco, ella no había ingresado a la administración pública mediante concurso público ni ocupaba una plaza presupuestada y vacante. Por lo tanto, los contratos de locación eran válidos, y la demanda buscaba indebidamente un ingreso al servicio público a través del sistema judicial.

El Juzgado Civil de Tambopata, el 23 de octubre de 2020, declaró fundada la demanda de Amparo, anulando el despido y la desnaturalización del contrato de trabajo, y ordenó la reincorporación de la demandante como trabajadora a plazo indeterminado, basándose en su estado de embarazo y la falta de justificación para su contratación.

Respecto a esta resolución, con fecha 04 de noviembre de 2020, el Hospital presentó un recurso de apelación ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, contra la resolución No. 04 de la sentencia de fecha 23 de octubre de 2020. Esta apelación se fundamentó principalmente en que el proceso de Amparo no era la vía idónea para dilucidar la pretensión planteada por su naturaleza restitutiva y no declarativa del derecho, toda vez que la demandante presuntamente planteaba que se le otorgara un vínculo laboral a plazo indeterminado sin cumplir con los requisitos de acceso a la labor pública. Asimismo, el Hospital fundamentó su apelación en el hecho de que no aplicaba ninguna disposición del TUO de la LPCL relativa a la desnaturalización del contrato laboral al tratarse de una entidad pública, y en el hecho que la trabajadora no acreditó en ningún momento su estado de gestación.

En vista de los argumentos presentados por el Hospital, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios desarrolló que en el presente caso resultaba de obligatoria observación el precedente vinculante del caso Huatuco, toda vez que se debía verificar el ingreso o no mediante concurso público y que dicha plaza haya estado presupuestada y vacante de duración indeterminada. Al descartar este aspecto, también sostuvo que la trabajadora no había acreditado su estado de gestación, por lo que no concurría la afectación de ningún derecho fundamental y, por lo tanto, no incurría en despido nulo.

Así entonces, con fecha 19 de marzo de 2021, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios resolvió declarar fundada en todos sus extremos la apelación

del Hospital, y consecuentemente declarar infundada la demanda de la señora Meléndez Vega.

En vista de la resolución de segunda instancia, con fecha 14 de setiembre de 2020 la demandante interpuso una demanda de amparo contra la resolución de fecha 19 de marzo de 2021 expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Específicamente, en esta etapa, la demandante sostuvo que fue despedida por no querer firmar una orden de compra el día 13 de agosto, y que su empleador conocía su estado de gestación, al encontrarse embarazada de seis meses cuando fue desvinculada.

Esta interposición de la demanda de Amparo ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con los hechos trasladados por la demandante, se encontraría fundamentada en la trasgresión de sus derechos fundamentales al trabajo, a la protección de la madre gestante y al debido proceso, así como al principio de primacía de la realidad en el ámbito laboral.

Sobre esta última y definitiva demanda de Amparo, el Hospital reafirmó que la demandante ejerció servicios que no se encontraban incluidos en el catálogo de labores contenido en el literal a) del numeral 5.1. del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley No. 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, "Ley de Contrataciones del Estado"), por lo que su supervisión en la contratación no resultaba de su responsabilidad sino del Organismo de Supervisión de las Contrataciones del Estado (OSCE).

No obstante, independientemente de este argumento, respecto a los hechos trasladados por la demandante, el Hospital sostuvo que resultaba de obligatoria aplicación los criterios del precedente vinculante del caso Huatuco, y en el hecho que la misma demandante decidió no firmar la última orden de compra que ampliaría su vínculo contractual civil con el Hospital.

Al respecto, como se ha detallado en los numerales anteriores y se desarrollará ampliamente a continuación en el presente Informe, la resolución del Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda. Esta decisión consistió en la orden de reposición provisional de la demandante hasta que se convoque un concurso público para la plaza que desempeñaba, a fin de que pueda participar de este y su eventual acceso determinará su vínculo a plazo indefinido; así como también se ordenó el pago de las remuneraciones devengadas desde su desvinculación.

No obstante, a pesar de la resolución del Tribunal Constitucional, el magistrado Gutiérrez Ticse emitió un voto singular sobre la demanda de Amparo, toda vez que consideró que esta debió ser declarada solo fundada en parte. De acuerdo con su argumentación, la pretensión de reposición de la demandante a través de un contrato laboral a plazo indeterminado debió ser declarado improcedente en la sede constitucional, debido a la obligatoria observancia del precedente vinculante del caso Huatuco. Sin embargo, atendiendo a la protección reforzada en favor de las mujeres gestantes en el ámbito laboral, el estado de gestación de la demandante cuando decidió no renovar su contrato laboral generó una situación de discriminación por razón de sexo y, por este motivo, correspondería la reposición en un puesto de trabajo de igual o similar categoría jerárquica y remunerativa al que tenía antes del despido por el tiempo que dura el periodo de gestación y el año de lactancia.

Así entonces, se aprecia que, en primera instancia, en sede judicial, la postura consistió en amparar el pedido de nulidad del despido por motivo de discriminación y otorgar la reposición de la demandante. En segunda instancia, también en sede judicial, se declaró infundada la demanda de amparo por despido arbitrario y se declaró fundada la apelación del Hospital en observancia del precedente vinculante del caso Huatuco y la falta de notificación del estado de gestación de la demandante. Posterior a ello, ante el Tribunal Constitucional, en un ejercicio de la tutela reforzada de las mujeres gestantes y en periodo de lactancia en el ámbito laboral, se declaró una reposición provisional que se ajuste a los requisitos para el ingreso al servicio civil, aplicando parcialmente el precedente del caso Huatuco, y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde su desvinculación.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

#### **3.1 Problema principal**

El problema principal del caso Meléndez Vega radica en la posible incertidumbre generada por la aplicación de un nuevo paradigma en la interpretación de la nulidad de despido en el sector público por desnaturalización del contrato.

Esto implica que la protección reforzada de las trabajadoras gestantes puede superponerse a los principios fundamentales del acceso y participación en el Servicio Civil, otorgando al Tribunal Constitucional nuevas competencias en materia laboral, como la orden de reposición provisional en una plaza laboral del Estado no sometida a

concurso público ni presupuestada. Esta situación podría retrasar la resolución de casos similares que involucren la afectación de los derechos fundamentales de otros servidores públicos cuyo vínculo laboral no está formalizado.

Por este motivo, a manera de problema principal, el presente Informe tiene como objetivo resolver la siguiente pregunta: ¿Cuál puede ser el efecto de la protección reforzada de las trabajadoras gestantes en relación con los principios del acceso y participación en el Servicio Civil, y cómo afecta esto la interpretación de la nulidad de despido en el sector público y las competencias del Tribunal Constitucional en materia laboral?

### **3.2 Problema secundario**

El problema secundario, en materia de efectos materiales, se halla en la obligación de informar el estado de gestación y su acreditación por parte de la trabajadora, toda vez que se podría afectar la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras gestantes debido a la postura del Tribunal Constitucional plasmada en la sentencia del caso Meléndez Vega, que establece que las trabajadoras no están obligadas a informar sobre su embarazo debido a la ratificación del Convenio 183 de la OIT, el mismo que no exige esa obligatoriedad de informar al empleador.

Por este motivo, en el presente Informe se desarrollará la resolución de la siguiente pregunta:

- a. ¿Cómo podría el empleador asegurar la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras gestantes sin requerir la divulgación explícita de su estado de gestación, y qué medidas prácticas podrían implementarse para alcanzar este objetivo?

## **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A**

### **4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios**

A partir de los problemas identificados, y las preguntas planteadas respecto al contenido de las decisiones del caso Meléndez Vega, en el presente Informe se desarrollarán las respuestas correspondientes, en virtud de los criterios jurisprudenciales y la legislación



aplicable tanto a la protección de las trabajadoras gestantes como al acceso al empleo en el sector público.

No obstante, resulta pertinente tomar en consideración que en la presente investigación se ha determinado que el criterio del Tribunal Constitucional en el caso Meléndez Vega sí ha tenido repercusiones en la situación de las trabajadoras gestantes que, en el marco de un proceso de amparo busquen determinar la arbitrariedad y nulidad de su despido por desnaturalización del vínculo laboral temporal o civil, acceden a los tribunales de justicia peruanos en busca de una tutela restitutoria sobre su vínculo laboral a plazo indeterminado. Inclusive, en general, ha tenido repercusiones en todos los trabajadores cuyo vínculo laboral en la carrera administrativa haya sido desnaturalizado, extinguido e implique una vulneración de sus derechos fundamentales. De esta manera, como se observa en la Casación No. 7913-2019 DEL SANTA y la sentencia del caso Gómez Bulnes, la aplicación parcial o nula del precedente vinculante de la sentencia Huatuco ya forma parte de la jurisprudencia constitucional de observancia obligatoria, y ha tenido como efecto el establecimiento de un principio de interpretación general sobre los valores constitucionales del derecho de acceso al empleo público y la protección constitucional de los despidos lesivos de derechos fundamentales: cualquier empleado de la administración pública que cuente con un vínculo laboral desnaturalizado y, por ende, se determine que cuenta con un vínculo a plazo indeterminado en virtud del TUO de la LPCL, tendría el derecho a la tutela restitutoria cuando el despido sea nulo, ordenando su reposición. Es así, entonces, que el Tribunal Constitucional ha generado en los tribunales de justicia un criterio de prevalencia de la protección de los derechos fundamentales ante el despido, por sobre los principios de meritocracia y previsión presupuestal en la carrera administrativa, que son aquellos que fundamentan el “precedente Huatuco”.

#### **4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Independientemente de las repercusiones fácticas y legales de la decisión del Tribunal Constitucional, la investigación desarrollada adopta una postura crítica respecto a las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en relación con su flexibilización o variante que ha introducido en la aplicación del precedente vinculante del caso Huatuco, así como en relación con la eliminación de la obligación de reportar el estado de gestación de las trabajadoras. En el presente Informe se pretende examinar detalladamente las implicaciones de dichas interpretaciones, analizando tanto sus fundamentos legales como las posibles consecuencias prácticas en el desarrollo de la actividad magistral en los tribunales de justicia. Esta postura crítica se basa en la

necesidad de garantizar un adecuado equilibrio entre los principios fundamentales del derecho laboral público y constitucional, así como en la protección efectiva de los derechos de las trabajadoras gestantes en el ámbito laboral.

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

### **1. Antecedentes relevantes**

#### **A. Contexto legislativo y doctrinario del empleo público**

El empleo público, referido a la relación laboral existente en las distintas instituciones del Estado, resulta una situación que exige contar con consideraciones normativas diferenciadas de la relación laboral del régimen privado, atendiendo a las particularidades del trabajo en el sector público como lo es, principalmente, la finalidad de servicio a la administración pública, a diferencia de lo que sucede con el trabajo en instituciones del sector privado, cuya naturaleza laboral se centra en la contraprestación por servicios que benefician el interés privado y muchas veces económico del empresario.

De esta manera, entonces, atendiendo a las circunstancias específicas, del empleo público, con fecha 9 de marzo de 1993 la Constitución Política del Perú regula distintos ámbitos que, directa e indirectamente, resultan aplicables a la relación laboral de los ciudadanos con las instituciones estatales.

En esa línea, el artículo 39 de la Constitución Política del Perú establece que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. De esta manera, se aclara que la finalidad de prestación de labores para la administración pública atiende a un carácter de servicio público o no de intereses privados, motivo por el cual se debe limitar la remuneración y relación laboral a una sola entidad estatal. Asimismo, mediante el artículo 40 de la Constitución Política del Perú se establece que es una labor legislativa la regulación de la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos; así como será obligatorio que se publique en el diario oficial los ingresos que, por todo concepto, perciban los servidores públicos de alto rango. Este enunciado, entonces, indica expresamente que los trabajadores estatales y los ingresos que estos perciban se encuentran sujetos a la supervisión del Estado, como ocurre con sus remuneraciones. Se puede llegar al entendimiento, entonces, de que la naturaleza de la función pública al servicio de la Nación justifica y

genera la necesidad de la publicidad de los gastos e ingresos que se perciben en virtud de las relaciones laborales estatales.

Aunado a ello, el artículo 77 de la Constitución Política del Perú establece el marco de obligatoria observancia y cumplimiento referido al presupuesto del Estado. Específicamente, sostiene que el presupuesto se aprueba anualmente por el Congreso de la República, cuya asignación se asigna, programa y ejecuta de forma equitativa de acuerdo con los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. A partir de este enunciado, entonces, debemos partir del hecho que cualquier actividad de entrada y gasto económico que suceda en las instituciones del Estado, deberá formar parte del presupuesto, a fin de que su ejecución, encargada a cada entidad correspondiente, responda a un sistema ordenado de previsibilidad y aprobación, garantizando la transparencia del gasto de los fondos económicos del Estado peruano. Una forma de ejecución del presupuesto general, entonces, es la previsión de puestos de trabajo que se ejercerán en las instituciones estatales, toda vez que una relación laboral obligatoriamente tiene como presupuesto, además de la prestación de servicios y la subordinación, la remuneración que percibirá el trabajador.

De esta manera, entonces, la Constitución Política del Perú faculta a los legisladores a establecer los parámetros correspondientes al ejercicio de la labor pública. No obstante, a pesar del otorgamiento de esta facultad, al día de hoy los aspirantes y funcionarios públicos se encuentran con la particular situación de una “dispersión normativa” de la carrera pública, la cual se encuentra altamente influenciada por la variedad de costumbres y, en general, cultura laboral que existe en los distintos espacios de trabajo del Estado, además de la necesidad de regímenes laborales estatales especiales en el caso de labores especializadas, como lo es la relación laboral de los trabajadores de salud en establecimientos públicos.

Sobre esta situación, el jurista Kenny Diaz (2019) menciona que no existe causalidad entre los regímenes laborales elegidos para la regulación de los derechos y obligaciones del servidor civil, y la prestación misma del servicio, debido a que se percibe en la práctica una afectación del principio de igualdad entre los mismos trabajadores estatales, al recibir un trato diferenciado por cumplir con una misma finalidad de servicio público. Esta situación se materializa, por ejemplo, en el otorgamiento de mayores beneficios económicos a algunos trabajadores por sobre otros que puedan contar con un régimen laboral distinto, inclusive dentro de una misma entidad laboral estatal.

Sin perjuicio de la última relación laboral especial comentada, referida a la situación de los trabajadores de salud públicos, sobre la cual se ahondará más adelante, es de conocimiento universal que no existe una estructura legislativa amigable con los servidores públicos y los aspirantes a dichos cargos. No obstante, sí han existido y existen esfuerzos normativos por parte de los legisladores y el Poder Ejecutivo, que han tenido como finalidad poder establecer un único régimen laboral de la carrera administrativa, así como un único sistema de remuneraciones.

Así entonces, con excepción de los casos de contratación de personal en entidades del Estado bajo los alcances del TUO de la LPCL, o mejor conocido como el régimen laboral de la actividad privada, las plazas laborales del Estado peruano se pueden encontrar regidas por tres cuerpos normativos distintos:

- a) Decreto Legislativo No. 276, Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público

Aprobada en el año 1984, tuvo como objetivo que la carrera administrativa tenga como base el mérito. Al respecto, Díaz (2019) indica que dicha norma estableció un sistema que generó beneficios en cadena que inciden en dos ámbitos: en los derechos subjetivos laborales y en el interés público.

Así entonces, a partir de dicha norma los servidores públicos hallarían estabilidad laboral y una posibilidad de ascenso, cuyo mérito recaería en la capacitación. No obstante, este régimen no se pudo establecer como régimen general debido a que a nivel presupuestal no se permitió su aplicación, debido a que su establecimiento implicaba un sistema de nombramiento, lo cual generaba obligaciones remunerativas altas para la administración pública. Inclusive, por este motivo, mediante Decreto Legislativo No. 316, se prohibió el nombramiento de personal.

- b) Ley No. 28175, Ley Marco del Empleo Público

Esta norma fue publicada el día 19 de febrero de 2004, y tuvo como objetivo la modernización del empleo público. Específicamente, la norma señalaba que su finalidad era establecer lineamientos generales para promover, consolidar y mantener una administración pública moderna, jerárquica, profesional, unitaria, descentralizada y desconcentrada.

A evaluación de Kenny Díaz (2017), esta norma tuvo como objetivo concreto identificar cuáles son los principios que gobiernan el Empleo Público, por lo cual

detalla, entre otros, que son principios del empleo público, el mérito y capacidad, la imparcialidad, y la provisión presupuestaria.

Cabe señalar que, sobre esta norma, se contempla su aplicación complementaria en el caso de regímenes laborales especiales, toda vez que estipulaba que en el caso de particularidades en la prestación de los servicios especiales correspondía la aplicación de las leyes específicas.

De esta manera, entonces, respecto a la relevancia del presupuesto de los cargos públicos, la norma contempló el principio de provisión presupuestaria, referido a que “[...] *todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado.*”. Sobre este aspecto, Díaz (2017) resalta que no existirían precedentes normativos, toda vez que hasta el momento de su publicación, solo se habría contemplado el principio de equilibrio presupuestal, referido a la asignación del presupuesto para cada sector de la Administración Pública. Sin embargo, en esa nueva norma, este nuevo aspecto se enmarca en el momento en que la entidad requiere disponer del presupuesto que le ha sido asignado, por lo que todo acto que realice la entidad laboral deberá ser debidamente autorizado y presupuestado.

Asimismo, respecto a la meritocracia en el empleo público, esta norma contempla al mérito y la capacidad de los funcionarios en un solo principio, el cual tiene como contenido que el ingreso, permanencia y mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se basan en el mérito y la capacidad de los postulantes y personal de la administración pública. Sobre este aspecto, Díaz (2017) sostiene, y suscribimos, que se deja claro que existe el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Inclusive, al respecto, el Tribunal Constitucional ha esclarecido en la sentencia del Caso Huatuco que el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, el cual surge del principio de mérito y capacidad, contiene tres aspectos fundamentales en el empleo público: *“i) acceder o ingresar a la función pública; fi) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso.”*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 05057-2013-PA/TC JUNÍN. Fundamento jurídico 8.

Sin perjuicio del establecimiento de las bases fundamentales del empleo público, a partir de la delimitación de los principios que deben regir todas las actuaciones de las entidades estatales en calidad de empleador, y de los empleados públicos, esta norma pasó a formar parte de aquellas que comenzaron a carecer de fuerza normativa. Así entonces, mediante la declaración de la Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil, se estableció que una vez que se implementara esta Ley, se derogaría la Ley Marco del Empleo Público, con la finalidad de unificar el empleo público, una vez más, en un solo régimen laboral.

c) Decreto Legislativo No. 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS)

Esta norma fue publicada con fecha 28 de junio de 2008, y tiene como objeto garantizar los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

Si bien, actualmente, a partir de la publicación de la Ley No. 31703, el personal CAS del Seguro Social de Salud progresivamente migrará al régimen laboral del sector privado del TUO de la LPCL, y ESSALUD resulta ser la institución de la cual formó parte la señora Meléndez Vega, realizamos un breve análisis de la presencia de los principios de mérito y provisión presupuestaria en dicho régimen.

De esa manera, entonces, resulta relevante tomar en consideración que desde la opinión doctrinaria sobre los principios fundamentales del derecho al trabajo y al empleo público, esta norma debilita no solo la institucionalidad sino también la simplificación administrativa y la modernización del Estado, al implicar una vulneración del derecho a estabilidad laboral de los servidores públicos.

Respecto a la provisión presupuestaria para el ejercicio del régimen contemplado en esta norma, se establece como un requisito para la celebración del Contrato CAS que exista disponibilidad presupuestaria, la cual deberá ser determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces.

Asimismo, respecto al principio de meritocracia, la norma establece que el acceso al régimen CAS se realiza obligatoriamente mediante concurso público, convocatoria que se encuentra a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o por el medio que la entidad considere ideal a su criterio.

d) Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil

Norma emitida con fecha 4 julio del año 2013, que deroga hasta su total implementación a la Ley Marco del Empleo Público y establece que la incorporación al servicio civil puede ocurrir a partir del concurso público de méritos, la contratación directa o el cumplimiento de normas especiales; e, inclusive, contempla la contratación temporal en el Estado.

No obstante, a pesar de ello, la norma contempla como principio el mérito en el régimen del Servicio Civil, y sostiene que el acceso, permanencia, progresión, mejora y movilidad se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles.

Asimismo, la norma contempla la provisión presupuestaria, referida a que todo acto relativo al Servicio Civil está supeditado a la disponibilidad presupuestal, el cumplimiento de las reglas fiscales, la sostenibilidad de las finanzas del Estado, y la autorización y presupuesto. De esta manera, entonces, se reafirma que la labor pública permanece regida, entre otros principios, por la meritocracia y presupuesto de los puestos laborales en entidades estatales.

Cabe señalar, no obstante, que esta norma se encuentra implementada de forma progresiva, conforme a las reglas de gradualidad que establecen las normas reglamentarias, en el marco, una vez más, de las normas anuales de presupuesto.

Así entonces, podemos observar que, independientemente de la aplicación de alguno de los regímenes laborales con intención de unificación, todos los supuestos de empleo en entidades públicas se encuentran sujetos a la finalidad de servicio a la Nación, motivo por el cual resulta exigible en todos los supuestos la aplicación de los principios de mérito y provisión presupuestaria. Esto, debido a que el Estado tiene dos responsabilidades claves en este ámbito: en primer lugar, cuenta con la responsabilidad de garantizar la calidad en los servicios que ofrece, por lo cual el personal laboral a cargo deberá cumplir con estas expectativas a partir de la demostración de sus aptitudes en los procedimientos de selección y ascenso en la carrera pública, demostrando entonces el mérito dentro del universo de igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos a acceder a un puesto de trabajo estatal. En segundo lugar, las instituciones estatales siempre se encontrarán sujetas a la obligación de regirse por un presupuesto, toda vez que las funciones ejercidas en dichas entidades no se encuentran beneficiadas por ganancias económicas que les permita elegir de forma libre el destino de sus fondos, sino que, al tratarse de el ingreso y gasto de los fondos públicos del Estado, toda acción

que implique contratación, ascenso o despido de los trabajadores estatales se verá directamente vinculada a la previsión presupuestal de la institución.

Apreciamos que, a efectos del análisis de la sentencia materia del presente Informe, en el caso analizado en la sentencia del caso Meléndez Vega, el régimen laboral de los trabajadores del Seguro Social de Salud (en adelante, "ESSALUD) se encuentra regulado de forma breve en la Ley No. 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud. A primera lectura del artículo 16 de dicha norma, se entiende que el régimen laboral de todas las personas que ingresan a trabajar a la entidad de ESSALUD posterior a la publicación de la Ley (con fecha 30 de enero de 1999), se sujetarán al régimen laboral de la actividad privada, es decir, el estipulado por el TUO de la LPCL. No obstante, esto no implica que no resulten aplicables los principios del empleo público mencionados, toda vez que inclusive la misma Ley los contempla.

Específicamente, mediante el artículo 16.2 de la Ley, se establece que la escala salarial se formula de acuerdo con los lineamientos y procedimientos del Ministerio de Economía y Finanzas, y que la incorporación y promoción de profesionales y técnicos de la salud se realizará con la condición de llevar a cabo un proceso de selección. De esta manera, entonces, **reafirmamos una vez más que el empleo en entidades públicas, independientemente del régimen laboral al que el trabajador o en este caso, la trabajadora, esté sujeta, se encuentra estrictamente regido por los principios de meritocracia y previsión presupuestal.**

#### **B. Marco normativo de protección de las trabajadoras gestantes**

Resulta relevante en el presente apartado, de antecedentes relevantes a la evaluación de la decisión en el caso Meléndez Vega, considerar cuáles son las normas y criterios que permiten el ejercicio de una protección reforzada de las trabajadoras gestantes en el Estado peruano.

Así entonces, en primer lugar, debemos partir de la protección reforzada que se les otorga a las trabajadoras gestantes desde la Constitución Política del Perú. Por un lado, el artículo 4 de la Constitución reconoce que el Estado y la comunidad peruana protegen de forma especial al niño, al adolescente, a la madre y al anciano. Es decir, entonces, que el Estado asume la responsabilidad de brindar una protección especial a las mujeres que sean madres, incluidas a efectos de una lectura general, las mujeres gestantes.

Además, el artículo 23 de la Constitución estipula una protección especial en el ámbito laboral, para las madres, los menores de edad y los "impedidos" que trabajen. De esta



manera, refuerza que será de atención prioritaria para el Estado la protección de estos grupos sociales en el ejercicio de su derecho al trabajo.

Cuando hablamos de protección especial, entonces, hacemos referencia al ejercicio del Estado en la implementación de medidas que no permitan la vulneración de los derechos de estos grupos sociales, atendiendo a su particular situación de vulnerabilidad y diferencia respecto de otros grupos sociales con menos restricciones para el ejercicio de sus derechos. Esta postura, asumida por el Estado peruano, se refuerza ante la suscripción y ratificación en el 2016 del Convenio 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad, cuyo artículo 8 establece los lineamientos para la protección de las trabajadoras gestantes y lactantes de la siguiente forma:

- *“Se prohíbe el despido de una mujer embarazada, de una mujer haciendo uso de licencia por maternidad, o posteriormente al reintegro al trabajo.*
- *La excepción a tal prohibición es el despido por motivos no relacionados al embarazo, nacimiento del hijo, sus consecuencias o la lactancia.*
- *La carga de la prueba corresponde al empleador”<sup>2</sup>.*

Por lo tanto, esta particular obligación de protección de la trabajadora gestante al ejercicio de su derecho al trabajo se ha materializado en distintos instrumentos legislativos, que adoptan la obligación asumida por el Estado en sus instrumentos constitucionales<sup>3</sup>. En ese sentido, procedemos a detallar los cuerpos normativos y disposiciones legales que materializan la protección especial de las trabajadoras gestantes en el Perú:

Norma	Disposición de protección a las trabajadoras gestantes
TUO de la LPCL	El artículo 29 establece que cualquier despido motivado por el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias, o la lactancia es considerado nulo si ocurre en cualquier momento durante el periodo de gestación o dentro de los 90 días siguientes al nacimiento. Se presume que el despido tiene como motivo el embarazo si el empleador no puede demostrar la existencia de una

<sup>2</sup> GONZÁLES, B (2022). Protección del empleo de las mujeres gestantes y lactantes. Pólemos. Consulta: 05 de junio de 2024. Enlace: <https://polemos.pe/proteccion-del-empleo-de-las-mujeres-gestantes-y-lactantes/>

<sup>3</sup> Al tratarse el Convenio 183 de la no discriminación de las trabajadoras madres y gestantes, este forma parte de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, por lo cual conforma el cuerpo normativo nacional, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

	<p>causa justificada para despedir en estos casos. Esta disposición se aplica siempre que el empleador haya sido oficialmente informado del embarazo antes del despido y no afecta la facultad del empleador para despedir por una causa justificada debidamente fundamentada.</p>
<p>Ley No. 28048, Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto</p>	<p>Según el artículo 1 de la Ley, las mujeres embarazadas que trabajen en centros laborales tienen el derecho de solicitar al empleador abstenerse de realizar actividades que puedan poner en peligro su salud o el desarrollo normal del embrión y feto. En caso de que el empleador reciba esta solicitud acompañada del certificado médico correspondiente, está obligado a asignar a la mujer embarazada tareas que no representen ningún riesgo para su salud ni para el desarrollo del embrión y feto.</p>
<p>Decreto Supremo No. 009-2004-TR, dictan normas reglamentarias de la Ley No. 28048, Ley de Protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del</p>	<p>El artículo 9 establece que el empleador tiene la facultad de implementar diversas medidas para proteger la salud de la mujer embarazada y el desarrollo del embrión y feto en el entorno laboral. Estas acciones incluyen: adaptar las condiciones de trabajo sin cambiar el puesto, ajustando física o técnicamente las condiciones laborales para controlar, limitar o eliminar riesgos; cambiar el puesto dentro de la misma categoría ocupacional si la medida anterior no es factible técnicamente o no es suficiente para eliminar riesgos, asegurando que las funciones sean similares a las anteriores; y asignar labores en una categoría ocupacional diferente si no es posible encontrar un puesto seguro dentro de la misma categoría, ya sea inferior o superior, con el objetivo de proteger la salud de la trabajadora y del feto. Estas medidas buscan garantizar que las mujeres embarazadas puedan continuar trabajando de manera segura durante su embarazo, respetando sus derechos y protegiendo su salud.</p>

<p>embrión y el feto</p>	<p>El artículo 11 establece que las mujeres embarazadas tienen el derecho de volver a sus labores originales o a un puesto equivalente, manteniendo la misma remuneración y derechos, una vez finalizada la situación que causó el cambio de funciones. El empleador debe reincorporar a la trabajadora en un plazo máximo de 15 días naturales después de que termine la condición que motivó el cambio, o inmediatamente después de su descanso postnatal si el cambio ocurrió durante este período.</p> <p>Si el empleador no cumple con reincorporar a la trabajadora dentro de los plazos establecidos, ella tiene derecho a tomar acciones legales, como alegar hostilidad laboral según lo dispuesto por la ley vigente. Además, la Inspección del Trabajo puede imponer sanciones al empleador por no cumplir con esta obligación, según el Decreto Legislativo N° 910.</p> <p>Este artículo busca asegurar que las mujeres embarazadas puedan retornar a sus puestos de trabajo sin discriminación ni demoras innecesarias después de finalizar su embarazo o período postnatal.</p>
<p>Ley No. 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres</p>	<p>El artículo 6 establece de forma clara que está prohibido que un empleador despida o no renueve el contrato de trabajo de una trabajadora debido a su embarazo o período de lactancia. Esta norma está en consonancia con leyes internacionales como el Convenio No. 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la protección de la maternidad, que garantiza los derechos de las trabajadoras durante estas fases.</p> <p>El propósito principal es evitar cualquier tipo de discriminación basada en la maternidad y asegurar que las mujeres puedan mantener su empleo sin el riesgo de ser despedidas o que no se les renueve el contrato por motivos relacionados con su maternidad. Esto juega un papel crucial en la protección de los derechos laborales y la salud de las mujeres trabajadoras en el ámbito laboral.</p>

<p>Decreto Supremo No. 002-2018-TR, aprueba el Reglamento de la Ley No. 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres</p>	<p>La Segunda Disposición Complementaria Modificatoria incorpora los artículos 4-A y 10 al Decreto Supremo No. 002-98-TR, el cual regula las disposiciones derivadas de la Ley No. 26772 sobre la prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y el acceso a la formación educativa.</p> <p>El artículo 4-A establece que los empleadores no pueden exigir a las candidatas a un puesto de trabajo realizar pruebas de embarazo. No obstante, si el trabajo conlleva riesgos para la salud de las mujeres embarazadas o del feto, el empleador debe informar a las candidatas sobre estos riesgos. En caso de que la candidata decida realizarse la prueba de embarazo, los costos deben ser cubiertos por el empleador. Si el resultado es positivo y la candidata es seleccionada, esto no puede influir en el resultado del proceso de selección, aplicándose las normas de la Ley No. 28048 y su Reglamento, que protegen a las mujeres embarazadas en situaciones de riesgo laboral.</p> <p>Este marco normativo tiene como propósito proteger los derechos de las mujeres embarazadas contra la discriminación laboral y asegurar que puedan tomar decisiones informadas sobre su salud y la de su hijo durante el proceso de contratación.</p>
---	---

Por lo tanto, se aprecia que la función legislativa ha tenido un ejercicio arduo en la implementación de medidas de obligatoria observancia y aplicación que protegen a las trabajadoras gestantes en el Perú. No obstante, resalta que esta protección especial no implica una vulneración de la autonomía de los empleadores cuando se refiera a situaciones específicas de la naturaleza empresarial y de la relación laboral, que no se encuentre vinculada con el estado de gestación de la trabajadora. Por este motivo, se establecen las siguientes obligaciones a las trabajadoras gestantes, a fin de poder hacer efectiva la facultad de protección especial:

- La trabajadora deberá notificar al empleador, documentariamente, su estado de gestación. Esta situación deberá materializarse previo al posible despido.
- La trabajadora no deberá incurrir en faltas laborales que permitan el término del vínculo laboral, las cuales a clara vista no impliquen ninguna situación relacionada con su estado de gestación.

- Cuando las funciones que realiza la trabajadora consten en labores que pueden poner en riesgo la salud y el desarrollo del embrión o el feto, la trabajadora deberá notificar oportunamente al empleador a fin de solicitar no realizar dichas funciones.

En ese sentido, a partir de la evaluación de las disposiciones normativas que permiten el ejercicio de la protección reforzada de las trabajadoras gestantes, observamos que su funcionamiento requiere necesariamente de la obligación de aviso previo del estado de gestación por parte de la trabajadora involucrada. A grandes rasgos, esta situación refleja una de las respuestas preliminares planteadas en el presente Informe, toda vez que es de la postura de la autoría que, al tratarse de un derecho condicionado a una obligación, la ausencia del cumplimiento de la obligación por parte de la trabajadora gestante resulta contraproducente para el desarrollo de su protección.

Por lo tanto, si la trabajadora gestante, que realiza labores de riesgo o, inclusive, cualquier labor que implique una posible contingencia para el desarrollo ideal de su embarazo, no llega a notificar oportunamente su estado, esta situación resulta negligente a efectos de colaborar con el deber de seguridad y salud en el espacio de trabajo. Es así entonces, como se desarrollará ampliamente en el siguiente subtítulo del Informe, que la ausencia de aviso previo del estado de gestación de la trabajadora al empleador puede implicar un retroceso e inclusive una vulneración al mismo deber de protección especial de este grupo de trabajadoras; y por lo tanto, deje sin efectividad el desarrollo legislativo que ha planteado el Estado a favor del ejercicio de esta responsabilidad asumida.

### **C. Sentencia del Caso Huatuco**

En 2015, el Tribunal Constitucional estableció un precedente constitucional vinculante en el caso Huatuco, que trata sobre la desnaturalización de contratos laborales en entidades estatales. Este precedente ha sido ampliamente debatido y parcialmente modificado por la doctrina y los tribunales administrativos y judiciales. La postura predominante en la doctrina critica que este caso limite los derechos laborales de los servidores públicos, proponiendo interpretaciones que sean compatibles con los principios establecidos en el caso Huatuco, específicamente para diferenciar el empleo público del privado según la Ley del Procedimiento Administrativo General.

El caso inició cuando Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco, secretaria judicial del Poder Judicial, interpuso una demanda de amparo el 6 de diciembre de 2011 contra su despido alegando que, aunque estaba contratada bajo una modalidad temporal, realizaba tareas

de naturaleza permanente. El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo inicialmente declaró fundada su demanda el 28 de mayo de 2012, argumentando que los contratos modales habían sido desnaturalizados al requerir labores permanentes. Sin embargo, la Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Junín revocó esta decisión, sosteniendo que no había fraude en la modalidad de contratación.

La defensa del Poder Judicial se basó en que los contratos establecían claramente su temporalidad y condicionaban la permanencia al resultado de concursos públicos para las plazas. El Tribunal Constitucional luego interpretó la controversia y emitió pronunciamientos específicos:

Aspecto	Interpretación
Función pública	Es el ejercicio de funciones en las entidades públicas del Estado, que abarca los roles de los servidores públicos, así como los de los profesores universitarios, docentes de diferentes niveles educativos, personal de salud, funcionarios del cuerpo diplomático y, por supuesto, jueces y fiscales <sup>4</sup> .
	La condición de funcionario o servidor público no se determina por el tipo de contrato o vínculo laboral que tenga un trabajador con la Administración Pública, sino por el hecho de desempeñar funciones públicas en las entidades del Estado <sup>5</sup> .
Carrera administrativa	La carrera administrativa es un bien jurídico constitucional reconocido, cuyo desarrollo se encomienda al legislador según lo dispuesto por la Constitución.
Principio de legalidad para el establecimiento de los límites	Al hablar de un acto legislativo, se hace referencia a cualquier medida legislativa que asegure que las restricciones y límites impuestos a los derechos constitucionales cuenten con la participación del Poder Legislativo, manteniendo su aplicación de manera general y conforme al principio de igualdad <sup>6</sup> .

<sup>4</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 05057-2013-PA/TC JUNÍN. Fundamento jurídico 8 a).

<sup>5</sup> Ídem.

<sup>6</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 05057-2013-PA/TC JUNÍN. Fundamento jurídico 8 c).

sobre derechos fundamentales	La necesidad de una ley formal no necesariamente entra en contradicción con la posibilidad de que haya delegaciones legislativas en este ámbito, siempre y cuando dichas delegaciones estén debidamente autorizadas por la Constitución <sup>7</sup> .
Prohibición de deformar el régimen específico de los servidores públicos	Si una institución estatal recibe autorización legal para aplicar el régimen laboral de la actividad privada, esto no significa que sus funcionarios y servidores se conviertan en trabajadores del sector privado ni que se desvinculen de su función pública <sup>8</sup> .
Meritocracia	La meritocracia representa un criterio objetivo fundamental en el acceso y la permanencia en la función pública, asegurando así la prestación eficiente de servicios al público <sup>9</sup> .
	Esto implica tener personal que contribuya de manera efectiva, eficiente y con alta calidad en los diferentes servicios que el Estado ofrece. Cuando alguien ingresa a una plaza presupuestada mediante un concurso de méritos, debe demostrar idoneidad para desempeñar las funciones correspondientes, lo cual se traduce en beneficios directos para la población. <sup>10</sup> .
Concurso público de méritos	El ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado en la administración pública debe realizarse exclusivamente mediante criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto <sup>11</sup> .
Plaza presupuestada	En los procesos de amparo en los cuales se demanda al Estado para la reincorporación de un ex trabajador, al interponerse y admitirse la demanda, debe registrarse como una posible contingencia económica que debe preverse en el presupuesto.

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> Ídem. Fundamento jurídico 8 d).

<sup>9</sup> Ídem. Fundamento jurídico 10.

<sup>10</sup> Ídem. Fundamento jurídico 13.

<sup>11</sup> Ídem.

	Esto se realiza con el propósito de mantener la plaza ocupada por el demandante como presupuestada, permitiendo así actuar o ejecutar de manera inmediata la sentencia judicial <sup>12</sup> .
Interpretación del TUO de la LPCL en el ámbito de la administración pública	Cuando se apliquen los artículos 4 y 77 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado en el ámbito de la administración pública, se debe interpretar que el ingreso de nuevo personal o su reincorporación por orden judicial, bajo una relación laboral de naturaleza indeterminada en una entidad estatal, solo puede realizarse si la persona ha ganado previamente un concurso público de méritos para una plaza que esté presupuestada, vacante y de duración indeterminada. <sup>13</sup> .
Responsabilidad funcional en la detección de desnaturalización de la relación laboral en la Administración Pública	Cuando los derechos de los trabajadores que son servidores públicos no sean respetados y se determine que se ha desnaturalizado un contrato temporal laboral o civil, las entidades estatales están obligadas a imponer las sanciones correspondientes a los funcionarios o servidores que no cumplan con las formalidades establecidas en la Constitución, la Ley y la sentencia del caso Huatuco. <sup>14</sup> .

Al respecto, entonces, observamos que el Tribunal Constitucional estableció una postura y precedente firme respecto a la diferenciación que existe en las circunstancias del empleo público respecto del empleo en el sector privado, y estipula que los legisladores y las mismas entidades estatales son las encargadas de prever un régimen laboral de obligatoria observancia que contenga los derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral pública, así como su cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento de la propia responsabilidad funcional.

A partir del desarrollo analítico y conceptual, el Tribunal Constitucional recogió estas reflexiones interpretativas y a partir del contenido de las posturas de las partes, él resolvió declarar infundada la demanda, y establecer como precedente vinculante las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de la sentencia, las cuales estipulan lo siguiente:

<sup>12</sup> Ídem. Fundamento jurídico 17.

<sup>13</sup> Ídem. Fundamento jurídico 15.

<sup>14</sup> Ídem. Fundamento jurídico 19.



- **Fundamento jurídico 18:** De acuerdo con los principios constitucionales de protección laboral y contra el despido arbitrario, la desnaturalización de contratos temporales o civiles en el ámbito de la Administración Pública no puede resultar en una conversión automática a contratos por tiempo indeterminado. Esta limitación se aplica específicamente cuando se requiere un concurso público para ocupar plazas presupuestadas y vacantes de duración indefinida, siendo una regla que no se extiende al régimen de contratación del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado para el sector privado.
- **Fundamento jurídico 20:** Las entidades estatales tienen la obligación de sancionar a quienes incumplan las normativas de contratación de personal en la administración pública. Es necesario identificar a los responsables de desnaturalizar contratos temporales mediante documentos internos, y las autoridades institucionales deben facilitar esta información a la Oficina de Control Interno para iniciar procedimientos disciplinarios conforme a la Ley N° 27785 y sus modificaciones. Las sanciones impuestas deben ser registradas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido, siendo el responsable de este registro el jefe de la Oficina de Administración o su equivalente.
- **Fundamento jurídico 21:** Las reglas establecidas como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional, incluyendo la obligación de que la reincorporación en la administración pública solo proceda mediante concurso público para plazas presupuestadas y vacantes de duración indeterminada, deben implementarse de inmediato tras su publicación en el diario oficial El Peruano. Esto se aplica a los procesos de amparo en curso ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.
- **Fundamento jurídico 22:** En caso de que durante un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado mediante concurso público a una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, el caso será remitido a la vía ordinaria laboral. Allí, el demandante podrá solicitar una indemnización según lo establecido en el artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO de la LPCL). El juez laboral correspondiente admitirá la demanda y permitirá al demandante un plazo razonable para ajustar su demanda conforme a las reglas procesales laborales. En caso de no realizar los ajustes pertinentes dentro del plazo indicado, el proceso será archivado.

- **Fundamento jurídico 23:** Las demandas presentadas después de la publicación del precedente, que no demuestren que el demandante ingresó mediante concurso público a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, serán declaradas improcedentes y no podrán ser reexaminadas.

Es importante destacar que, a partir del establecimiento de los precedentes vinculantes detallados, el Tribunal Constitucional ha reiterado en la misma sentencia que, desde su publicación, los procesos de amparo en trámite, tanto en el Poder Judicial como en el Tribunal Constitucional, deben ser declarados improcedentes cuando se constate que un demandante no puede ser reincorporado debido a que no ingresó mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Además, se reafirmó que, en tales casos, el juez deberá remitir el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante pueda solicitar la indemnización correspondiente.

Por lo tanto, con la publicación de la sentencia del Caso Huatuco, se estableció de obligatorio cumplimiento en todos los tribunales de justicia del país seguir las siguientes pautas para los procesos de amparo que involucren la desnaturalización de un contrato temporal o civil en una entidad estatal:

- Debe solicitarse la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.
- La plaza debe ser accesible mediante concurso público de méritos.
- La plaza debe estar vacante y presupuestada.
- La solicitud de indemnización por los daños derivados de la desnaturalización del vínculo laboral debe ser tramitada exclusivamente en sede judicial.

Dichas condiciones deben ser contempladas por todos los tribunales de justicia nacionales, a fin de uniformizar la postura mencionada sobre las circunstancias especiales del empleo público. No obstante, a partir de su establecimiento como precedente constitucional vinculante, resulta necesario identificar las implicancias de esta declaración por parte del Tribunal Constitucional.

#### i. Implicancias del precedente vinculante

En el Perú, un precedente vinculante es una herramienta legal que aporta coherencia y orden a la jurisprudencia, ejerciendo el Tribunal Constitucional su poder normativo. Según el Código Procesal Constitucional, específicamente en su artículo VI del Título

Preliminar, el Tribunal tiene la autoridad para desarrollar doctrina jurisprudencial y establecer precedentes vinculantes con efectos normativos. Estos precedentes se integran al sistema jurídico peruano como criterios de validez y legitimidad constitucionales para las decisiones de otros órganos judiciales y del propio Tribunal Constitucional.

El jurista García Belaúnde (2017) explica que los precedentes pueden abordar diversas áreas del derecho, como lo civil, penal, laboral, entre otros. Sin embargo, los precedentes constitucionales tienen un alcance más amplio y significativo en el ordenamiento legal, pues pueden modificar o orientar diversas áreas del derecho debido a su carácter expansivo.

El Tribunal Constitucional ha definido el concepto de precedente vinculante constitucional en la sentencia del Expediente No. 3741-2004-AA/TC, conocida como el "Caso Salazar Yalénque". En el fundamento jurídico 36 de dicha sentencia se establece que los precedentes dictados por el Tribunal establecen pautas para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. Estas reglas se convierten en precedentes desde un caso específico, pero tienen carácter normativo para todos los poderes públicos.

De esta manera, entonces, se estipula que los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional tienen carácter de fuente de derecho y normativa, al tratarse de una facultad otorgada por la Constitución. Por lo tanto, corresponde su obligatoria consideración y aplicación por parte de todos los tribunales del Estado.

No obstante, a pesar de la extensión normativa del contenido de los precedentes vinculantes, resulta menester indicar que existen presupuestos mediante los cuales un Tribunal puede establecer la inaplicación de los precedentes vinculantes. Una herramienta para tal efecto es el *distinguish*, proveniente del derecho anglosajón. Esta herramienta, cuya traducción literal al español es "distintivo" o "distinguir", implica que, a pesar de cumplir con los presupuestos establecidos en el precedente vinculante, a partir del análisis del caso este resulta llegar a conclusiones distintas, por lo que no resulta aplicable el precedente vinculante a las condiciones del caso.

Entonces, la figura del *distinguish* ha sido aplicada incluso para no aplicar los precedentes constitucionales vinculantes del caso Huatuco. En julio de 2015, la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima resolvió un caso laboral donde el demandante tenía un contrato CAS y, tras la terminación de su vínculo laboral, solicitó que se reconociera una relación laboral de carácter indeterminado y se declarara nulo el despido

injustificado, con efectos de reposición a su puesto y el pago de las remuneraciones devengadas.

El magistrado Omar Toledo aplicó la figura del *distinguish* y estableció los siguientes requisitos para su aplicación:

- a) El juez puede no aplicar la jurisprudencia a un caso posterior cuando considere que las diferencias significativas entre este segundo caso y el caso precedente requieren una solución diferente para el segundo.
- b) La corte debe demostrar adecuadamente que la similitud o diferencia crucial debe referirse a la razón decisiva del primer caso.
- c) El tratamiento debe ser igual si la razón decisiva del primer caso puede aplicarse al segundo caso porque este se ajusta al supuesto de hecho del primero.
- d) Si la aplicación no es posible, el juez debe apartarse de la razón decisiva del primer caso, introducir una excepción a ella o fundamentar una nueva razón para el segundo caso.

De esta manera, el Magistrado Toledo concluyó que, al tratarse de una ciudadana con múltiples renovaciones de contrato sujetos a modalidad temporal y a civiles para el desarrollo de funciones de naturaleza permanente, se generó una situación de desigualdad entre el trabajador y los servidores del Estado que utilizan los contratos civiles y modales fraudulentamente. Por este motivo, se declaró la inaplicación del precedente Huatuco.

Así entonces, se determinó que se trataba de la desnaturalización de su vínculo laboral de naturaleza indeterminada. No obstante, a pesar de ello, el Magistrado señaló que se encontraba ante un nuevo escenario normativo del precedente Huatuco, razón por la cual ordenó a que el *a quo* emita un nuevo pronunciamiento, el cual tome en consideración la posibilidad de la demandante de expresar y acreditar su forma de ingreso al servicio de la demandada, siendo que no existía certeza sobre la existencia de un concurso público y/o una plaza presupuestada y vacante para la demandante.

Por lo tanto, se observa a partir de la figura del *distinguish* que los precedentes de la sentencia del Caso Huatuco implicaron una observancia a fondo de la responsabilidad funcional de los encargados de la contratación en las entidades públicas, y más a fondo, el derecho al trabajo de los servidores públicos con un vínculo laboral indeterminado desnaturalizado. Sobre esta situación, resulta necesario tomar en consideración las distintas posturas que existen sobre el precedente de la sentencia del caso Huatuco, a

fin de conocer los contrastes que generarían un soporte a la idea de inaplicación de este precedente en el caso Meléndez Vega.

ii. Análisis de la postura doctrinaria del caso Huatuco

Cabe señalar que, en este apartado del presente Informe Jurídico, nos centraremos en la postura planteada por dos juristas: Javier Mujica y Omar Toledo Toribio. Ambas opiniones, que resultaron de análisis público el año en que se resolvió la sentencia, implicaron un análisis a profundidad sobre la protección de los derechos fundamentales del trabajo y su posible vulneración en el fallo del caso Huatuco. No obstante, a pesar de atender a una postura de desigualdad en el trabajo, de manera general, coinciden en la existencia de circunstancias específicas que distinguen la relación laboral del ámbito público y del ámbito privado.

En ese sentido, por su lado, el Magistrado Toledo adelantó parte de su postura en el fallo de la sentencia recaída en el Expediente No. 27013-2013-0-1801-JR-LA-03. Como señalamos previamente, Toledo determinó la inaplicación de los precedentes vinculantes estipulados en la sentencia del caso Huatuco debido a la particularidad de las circunstancias concretas del caso demandado. No obstante, también generó una opinión legal sobre la posible vulneración del derecho al trabajo que se habría generado en la sentencia.

Entonces, según Toledo, el precedente Huatuco implica la falta de observancia de los principios del derecho al trabajo y la subordinación excesiva de la subjetividad laboral, lo cual es incompatible con los principios que sustentan el sistema democrático y social de derecho. Sin embargo, considerando el carácter normativo de los precedentes constitucionales vinculantes, establece tres condiciones bajo las cuales podría justificarse la no aplicación del precedente de la sentencia Huatuco:

- i. Cuando la demanda no incluya la solicitud de reposición, sino que, existiendo una prestación de servicios vigente, se solicite la declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado basada en la primacía de la realidad.
- ii. Cuando no exista un vínculo contractual vigente y la demanda contenga la solicitud de declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad, así como el pago de beneficios sociales y una indemnización por despido arbitrario.

- iii. Cuando la demandada sea una institución pública excluida de la Ley SERVIR, como los obreros municipales o trabajadores de empresas del Estado, donde dicha ley no sea aplicable.

Por otro lado, Mujica (2015), el Tribunal Constitucional impone una carga probatoria al trabajador bajo régimen laboral privado vinculado a una entidad estatal para demostrar la desnaturalización de su contrato y poder solicitar su reposición. No obstante, el trabajador no podrá ser repuesto a menos que demuestre haber sido contratado a plazo indeterminado, que la plaza esté presupuestada y que haya ingresado mediante concurso público.

En ese sentido, su crítica recae, entonces, en que la sanción por la ausencia de concursos y la previsión de plazas respectivas corresponde erróneamente a los trabajadores, en lugar del Estado cuando este actúa habitualmente a favor de violar los derechos laborales de sus trabajadores. Asimismo, en la línea de la postura de Toledo, establece que los jueces deberán apartarse del precedente del caso Huatuco. No obstante, a diferencia de Toledo, que sostiene que este precedente sí es aplicable a excepción de los casos en los que los presupuestos de hecho no se adaptan, Mujica establece que los jueces no deberán aplicar este precedente en ninguna situación, aplicando el control de convencionalidad protegido por la Constitución.

Esta posición se basa en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 7.d del Protocolo de San Salvador (PSS). Ambos instrumentos internacionales de derechos humanos regulan la protección de los trabajadores frente al despido injustificado y el derecho de toda persona a tener acceso a un recurso efectivo ante los tribunales.

Por lo tanto, se concluye que la no aplicación de los precedentes constitucionales vinculantes establecidos en la sentencia del caso Huatuco podría justificarse en dos situaciones: cuando se utiliza la figura de "distinguish", o cuando se aplica el control de convencionalidad. Ambas herramientas legales permiten a los tribunales realizar interpretaciones distintas de las que podrían considerarse fijas e inequívocas en la jurisprudencia o normativa existente.

## **2. Problemas identificados y desarrollo**

- A. Prevalencia de la protección de las trabajadoras gestantes respecto de los principios del empleo público.

En dicha ocasión el Tribunal Constitucional determinó el apartamiento del precedente Huatuco por motivaciones diferenciadas a las previamente propuestas por la doctrina y jurisprudencia judicial. Así entonces, la postura que expone el Tribunal Constitucional es que, el estado de gestación de la demandante implica una situación de discriminación por motivo de género que motiva al empleador, en este caso, ESSALUD, para terminar la contratación de la trabajadora.

Sin perjuicio del análisis de la postura que plantea el Tribunal Constitucional, resulta relevante tomar en consideración la información brindada por la demandante, la señora Meléndez Vega, respecto de su estado de gestación durante el desarrollo de su acción judicial.

En primera instancia, la acción de amparo presentada por la denunciante en contra del Hospital tuvo como pretensión la declaración de un despido arbitrario e ilegal, producido con fecha 27 de agosto de 2020 por no haber firmado la Orden de Compra No. 4503642292, y solicitó la suscripción de contrato laboral a plazo indeterminado. En esta primera instancia, la trabajadora sostuvo que el Hospital conocía su estado de gestación, debido a que realizaba sus controles en dicho establecimiento y que, debido a su avanzado estado, este era notorio. Bajo dichas premisas, sostiene que no correspondía el término del vínculo laboral.

En dicha ocasión, el Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios desarrolló que, en vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>15</sup>, para declarar nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, *“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.”* Bajo esta premisa, la Policía Nacional constató en su concurrencia de fecha 13 de agosto de 2020 que la demandante tenía 06 meses de embarazo, por lo que se acreditaría con este hecho que el despido habría sido arbitrario.

El Juzgado Civil declaró fundada de la demanda de primera instancia y ordenó al Hospital la reposición de la demandante. En vista de esta decisión, el Hospital presentó un recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

En segunda instancia, la Sala Civil evaluó que la pretensión de la demandante no correspondía ser dilucidada en proceso de amparo debido a que, voluntariamente, la

---

<sup>15</sup> Sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC.

demandante no habría firmado las órdenes de compra que permitían la continuación de su vínculo contractual con el Hospital. Asimismo, indica la Sala Civil que en ningún momento el Juzgado Civil de primera instancia y la demandada han demostrado que aquella haya notificado la existencia de su estado de embarazo al Hospital, por lo cual sostiene que no se puede concluir que su cese laboral haya tenido como motivo su estado de gestación.

La Sala Civil de segunda instancia declaró fundada la apelación y ordenó que los autos sean devueltos al juzgado de origen para su atención. No obstante, en vista de la disconformidad de la demandante, aquella presentó una demanda de amparo contra la resolución de segunda instancia.

Como se observa, existen dos factores importantes durante el desarrollo de la etapa judicial del proceso de amparo presentado por la demandante: en primer lugar, existe una contraposición respecto al conocimiento del Hospital sobre el estado de gestación de la demandante, siendo que inicialmente se utilizó el argumento sobre la notoriedad del embarazo y, posteriormente, en segunda instancia, no se realizó ningún análisis sobre esta postura, siendo que la Sala Civil se limitó a únicamente señalar que la señora Meléndez Vega no cumplió con su obligación legal de aviso previo a su empleador.

En sede Constitucional, la demandante presentó como medios probatorios de su estado de gestación la constancia policial, su carnet de control materno perinatal, un hemograma expedido por el Hospital y la receta médica también expedida por el mismo establecimiento. Aunque el Tribunal Constitucional señala explícitamente que la demandante no afirmó haber comunicado su estado de gestación al empleador, reafirma la argumentación sobre la notoriedad del embarazo: según el Fundamento Jurídico 8, el Tribunal indica que la demandante no declaró haber informado a su empleador sobre su estado de gestación, sino que este era evidente debido a que tenía seis meses de embarazo y recibía atención médica en el hospital demandado

Asimismo, respecto a la materia de aplicación del precedente vinculante establecido en la sentencia del caso Huatuco, el Tribunal Constitucional indicó que la demanda presentada no atiende a un *“supuesto puro de desnaturalización de contrato”*, siendo que no existiría regulación en la doctrina vinculante del Caso Huatuco que regule la situación de discriminación por razón de sexo de una trabajadora despedida por su estado de gestación. Por este motivo, agregando una interpretación sobre el contenido del artículo 8 del Convenio 183 de la OIT, se determinó que el precedente sería aplicado en forma parcial, sin brindar mayores alcances.



Por otro lado, respecto al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, el Tribunal Constitucional ordenó el pago de las remuneraciones devengadas, en aplicación del principio de igualdad de oportunidades.

A partir de los argumentos desarrollados en las distintas instancias, el presente Informe considera pertinente evaluar el razonamiento que ha presentado el Tribunal Constitucional respecto de la superposición de la protección de las trabajadoras gestantes, siendo que aplica parcialmente los lineamientos de obligatoria observancia establecidos en el precedente del caso Huatuco. Específicamente, el Tribunal determinó que se permitiría una “*reposición de forma temporal*” a favor de la demandante, hasta que la entidad convoque un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, correspondiente a una plaza vacante y presupuestada.

Al respecto, consideramos que se ha realizado una evaluación incorrecta de la demanda, que ha llevado al Tribunal Constitucional a la conclusión de que la demandante requiere de una reposición temporal, siendo que esta modalidad inclusive refiriéndose a una “*aplicación parcial*” del precedente del Caso Huatuco, no atiende al incumplimiento legal de la señora Meléndez Vega y a la igualdad de oportunidades que debe existir en el trabajo público.

En ese sentido, a continuación, brindamos los alcances que el Tribunal Constitucional ha establecido a favor de la demandante, respecto a su estado de gestación y la inaplicación del precedente del caso Huatuco:

Aspecto	Interpretación
Estado de gestación de la demandante	El hecho de que la demandante estuviera embarazada de seis meses y que su estado de gestación fuera evidente no es un punto de disputa, sino algo aceptado sin controversia.
	Al existir notoriedad del embarazo, lo único que falta es un documento presentado por la demandante donde informe sobre su estado de gestación.
Necesidad de comunicar al empleador	Desde la ratificación del Convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad por parte del Perú, ya no es necesario presentar un documento para informar sobre el estado de

	<p>gestación. El artículo 8 de este convenio establece que la simple demostración del embarazo por parte de la trabajadora activa una protección que impide al empleador despedirla unilateralmente, excepto por razones no relacionadas con el embarazo, el parto o la lactancia.</p>
<p>Aplicación del precedente Huatuco</p>	<p>El caso Meléndez Vega no se limita a la desnaturalización del contrato, sino que también implica discriminación por sexo, ya que una trabajadora fue despedida debido a su embarazo, lo que constituye un despido nulo.</p>
	<p>La Ley Marco de Empleo Público, que es de obligatorio cumplimiento, incluye los principios de mérito y capacidad, así como la previsión presupuestaria y la igualdad de oportunidades sin discriminación. Esto genera una colisión entre los principios laborales que protegen intereses individuales y aquellos que protegen intereses generales.</p>
<p>Protección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público</p>	<p>Se priorizan los derechos laborales de los trabajadores del sector público, lo que significa que no se puede prohibir la reposición de un trabajador cuando se demuestra que se han vulnerado sus derechos fundamentales. Esto incluye casos como el de una trabajadora embarazada que es despedida sin justificación o cuyo contrato no es renovado.</p>
<p>Reposición de la trabajadora estatal gestante</p>	<p>Para equilibrar los derechos laborales de los trabajadores estatales con los requisitos de acceso al empleo público a plazo indeterminado, se concluye que cuando una trabajadora con contrato desnaturalizado demuestre la nulidad de su despido, se debe ordenar su reposición temporal. Esta medida se mantendrá hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que ocupaba, el cual debe ser una plaza vacante y presupuestada.</p>
	<p>Si la trabajadora no se presenta al concurso o no lo aprueba, su contrato de trabajo se extinguirá sin derecho a indemnización. Durante el período de reincorporación temporal, el empleador</p>

	mantiene sus facultades disciplinarias y puede sancionar cualquier falta relacionada con la conducta o capacidad de la trabajadora.
--	---

El argumento presentado respecto al estado de gestación de la demandante y la obligación de comunicarlo al empleador se desarrolla de manera transversal en el razonamiento del Tribunal Constitucional. Según el Tribunal, la notificación previa al empleador no resulta relevante cuando el embarazo es notorio, como en el caso de la demandante que estaba en el sexto mes de gestación. Además, el Tribunal sostiene que, a partir de la ratificación del Convenio 183 de la OIT, basta con que la trabajadora demuestre su estado de gestación para aplicar la protección reforzada que impide el despido unilateral del contrato laboral.

Sin embargo, el Tribunal no ha proporcionado directrices claras que permitan a los juzgados identificar cuándo se considera notorio un embarazo. Esto genera incertidumbre y dificultades para aplicar correctamente el artículo 8 del Convenio 183 de la OIT, el cual establece que los Estados miembros deben implementar disposiciones legales para asegurar la protección de las trabajadoras embarazadas.

Además, la argumentación del Tribunal Constitucional parece inconsistente en cuanto a la aplicación del precedente Huatuco. Inicialmente, el Tribunal indica que se prioriza la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores estatales sobre la restricción de ordenar la reposición cuando no existen plazas presupuestadas y vacantes, como establece Huatuco. Sin embargo, luego reconoce que ordenar la reposición indefinida de trabajadores sin acceso por concurso público vulneraría principios como la meritocracia y la igualdad de oportunidades.

Esta falta de fundamentación clara y las inconsistencias en el razonamiento del Tribunal Constitucional han tenido un efecto significativo en la jurisprudencia peruana. Esto es preocupante, ya que podría conducir a decisiones judiciales que consideren automáticamente nulo el despido de cualquier trabajadora gestante, sin establecer criterios precisos sobre la notoriedad del embarazo ni respetar completamente los principios del empleo público delineados en Huatuco.

En resumen, la interpretación amplia y de obligatoria observancia que ha generado el Tribunal Constitucional carece de una base argumentativa sólida y coherente. Esto facilita una libre interpretación que podría alejarse del precedente Huatuco y generar inseguridad jurídica en la aplicación de las normas laborales relacionadas con la protección de las trabajadoras gestantes y los principios del empleo público en Perú.

i. Aplicación del precedente Meléndez Vega en la jurisprudencia peruana

Como hemos señalado, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional respecto a la reposición temporal de la señora Meléndez Vega y la aplicación parcial del precedente del Caso Huatuco ha tenido repercusiones en la jurisprudencia nacional posterior a su emisión.

Por un lado, la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación No. 7913-2019 DEL SANTA, ha fundado en parte la reposición indeterminada de un trabajador de EsSalud, basándose en los alcances planteados por el Tribunal Constitucional en la resolución del caso Meléndez Vega. Según la Cuarta Sala, se han delimitado los alcances del precedente vinculante Huatuco, excluyendo de su aplicación a los trabajadores que han sido objeto de un despido nulo. De esta manera, la entidad judicial sostiene que la configuración de un despido nulo vulnera derechos fundamentales al trabajo, una situación que no habría sido considerada en estricto en el precedente Huatuco.

Esta posición argumentativa, planteada en sede judicial, resulta de la ausencia de fundamentos claros que permitan una aplicación parcial del precedente vinculante del caso Huatuco. Es falso que la sentencia del caso Huatuco no considere la vulneración de derechos fundamentales al trabajo. Inicialmente, el Tribunal sostiene en dicha sentencia que la carrera administrativa es un bien jurídico constitucional y que, si bien es derecho de todos los trabajadores acceder a la carrera administrativa, es también facultad del Estado delimitar este derecho fundamental al trabajo.

El Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia del caso Huatuco que las restricciones a los derechos fundamentales derivan del artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que indica que las restricciones permitidas para el goce y ejercicio de derechos deberán aplicarse conforme a las leyes dictadas por razón de interés general. Por este motivo, en vista de la necesidad de regular el derecho fundamental al trabajo de los interesados en la carrera administrativa, se establecen lineamientos que permitan el acceso en condiciones de igualdad.

Observamos que este extremo de la sentencia del Caso Huatuco no ha sido observado por la Cuarta Sala, que ha priorizado el razonamiento de la sentencia del caso Meléndez Vega sobre la inaplicación de los principios del empleo público para permitir la reposición de los trabajadores que demandan un despido nulo. Esta situación es previsible ante la inconsistencia del razonamiento del Tribunal

Constitucional al permitir la reposición temporal sin proporcionar los alcances necesarios para la aplicación eventual de los principios del empleo público.

Esta situación también se ha reflejado en la sede constitucional, con el razonamiento del caso Meléndez Vega influenciando sentencias posteriores del Tribunal Constitucional. Un ejemplo es el Expediente No. 02392-2021-PA/TC, en el cual el Tribunal Constitucional señala que ya no sería exigible comunicar al empleador el estado de gestación para que opere la protección reforzada. De acuerdo con su razonamiento, la ratificación del Convenio 183 de la OIT prohíbe despedir a una mujer embarazada sin estar sujeta a comunicación alguna, citando la sentencia del caso Meléndez Vega. Sin embargo, en este caso, la demandante sí notificó a su empleador sobre su estado de gestación días antes de su desvinculación, lo que denota que no resulta razonable aplicar una presunta extinción del aviso previo cuando en la práctica sí se realiza esta notificación.

Otro caso es el Expediente No. 01541-2022-PA/TC, emitido en 2024. En este, el Tribunal Constitucional cita nuevamente el caso Meléndez Vega para sostener que la ratificación del Convenio 183 de la OIT extingue la obligación de comunicación previa del embarazo al empleador, bastando con la demostración del estado de gestación para la activación del “fuero maternal”. Sin embargo, una vez más, se observa que el empleador fue debidamente notificado sobre el estado de gestación de la demandante antes de su desvinculación, dejando sin aclarar los parámetros para aplicar el criterio de notoriedad del embarazo que extingue la obligación de comunicación previa al empleador.

No existe una interpretación congruente sobre el contenido de la sentencia del caso Huatuco. Se ha limitado la posibilidad de su inaplicación a la vulneración de derechos fundamentales, a pesar de que el razonamiento inicial no consistía en la inaplicación sino en la aplicación parcial del precedente, decisión que resulta inconsistente e inaplicable en pro del respeto a los principios fundamentales del empleo público.

Asimismo, en la práctica, a pesar de la presunta extinción de la obligación de comunicar el estado de gestación al empleador, las demandantes cuyos casos se han evaluado en base a la sentencia del caso Meléndez Vega han cumplido con la notificación previa que permite acreditar la nulidad del despido por motivos discriminatorios. La falta de delimitación del criterio de notoriedad impide aplicar de manera práctica la eliminación de la obligación de aviso previo, ya que existe una obligación para la trabajadora

gestante de notificar su estado de gestación para permitir la debida protección de su salud y la del feto.

#### B. Seguridad y salud de las trabajadoras gestantes

Como hemos adelantado, el Tribunal Constitucional no ha contemplado la totalidad de las implicancias de la protección reforzada de la trabajadora gestante y ha centrado su interpretación en la protección contra el despido. Esta interpretación ha dejado un vacío en la tutela reforzada respecto de los demás derechos fundamentales de la trabajadora gestante, como la protección de su salud y la del desarrollo del feto.

##### i. Análisis de la interpretación del Convenio 183 de la OIT y consecuencias a partir de la sentencia Meléndez Vega

Como se ha señalado anteriormente en el presente informe, el fundamento jurídico No. 11 de la sentencia del caso Meléndez Vega refleja la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre la comunicación al empleador del estado de gestación de la trabajadora. Dicho fundamento establece que desde la ratificación del Convenio 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad, su artículo 8 prohíbe que el empleador despida a una mujer embarazada, sin que esta prohibición se condicione a comunicación alguna.

El Tribunal Constitucional sostiene que es suficiente que el empleador tome conocimiento del estado de gestación de la trabajadora para activar la protección reforzada, pero no estipula la forma en que el empleador debe tomar conocimiento. Además, el artículo 8 del Convenio 183 establece que la carga de la prueba de los motivos del despido recae en el empleador, lo cual se refleja en la regulación de la nulidad del despido de trabajadoras gestantes. Esta interpretación fundamentaría que la notoriedad del embarazo de la demandante sea suficiente para acreditar el conocimiento del empleador, sin necesidad de una notificación previa, pues el Tribunal sostiene que la falta de notificación implicaría "únicamente que no existe un documento entregado". Es decir, que la ausencia de notificación resulta menor ante la notoriedad del embarazo<sup>16</sup>.

Dicha interpretación genera un paradigma sobre la evaluación de la carga de la prueba, ya que, aunque el empleador debe probar que el término del vínculo laboral, sea por despido o no renovación, se encuentra motivado por razones ajenas al

---

<sup>16</sup> Literal e) del artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

estado de gestación de la trabajadora, en la práctica no resulta sostenible afirmar que el empleador pueda tomar conocimiento del embarazo de una trabajadora por agentes externos a una notificación propia.

En el caso de análisis, la trabajadora contaba con seis meses de gestación y un embarazo notorio, lo cual denotaba pleno conocimiento del empleador. Sin embargo, el Tribunal no ha observado otros factores, como que la trabajadora realizaba sus evaluaciones prenatales en el mismo hospital, lo cual podría influir en generar un criterio general sobre las implicancias del conocimiento del empleador. Tampoco ha establecido parámetros claros para definir qué constituye un "embarazo notorio".

En el presente informe, observamos que no se ha realizado una evaluación de la potencial materialización en la práctica. La interpretación del Tribunal respecto del Convenio 183 no evalúa las consecuencias prácticas y, por lo tanto, contradice el artículo 3 del mismo cuerpo normativo: ante la ausencia de una notificación y sin parámetros claros sobre las implicancias de un embarazo notorio, el empleador se encuentra facultado para realizar modificaciones a las actividades laborales de la trabajadora gestante, que puedan poner en riesgo su salud y la del feto, vulnerando el deber de protección de la salud de las trabajadoras gestantes plasmado en el artículo 3 del Convenio 183.

El artículo 3 del Convenio 183 estipula que los Estados miembros deben adoptar medidas necesarias para garantizar que no se obligue a mujeres embarazadas a desempeñar trabajos perjudiciales para su salud o la del hijo. La Recomendación 191 de la OIT, sobre la protección de la maternidad y la protección de su salud, sostiene que los Estados deben ofrecer opciones como la adaptación de condiciones de trabajo bajo la presentación de un certificado médico. También señala que la mujer debe poder ausentarse del trabajo, después de notificar a su empleador, para realizar controles médicos relativos a su embarazo.

Por lo tanto, la interpretación del Tribunal Constitucional se aparta de la unidad del Convenio 183, generando una disyuntiva entre la eliminación de la obligación de notificación del embarazo al empleador y la obligación de notificación para proteger la salud. Esto autoriza a la trabajadora a poner en riesgo su salud y la del feto, ya que no se establecen obligaciones de notificación ni parámetros sobre la notoriedad y conocimiento del empleador. Esta situación implica que el enfoque del Tribunal Constitucional sobre la protección reforzada de la trabajadora gestante se centra

únicamente en la protección contra el despido, y no en la protección de su salud y la del feto durante la prestación de labores.

La protección reforzada de las trabajadoras gestantes se basa en la situación de vulnerabilidad de la mujer, cuya condición de gestante incrementa la necesidad de protección física, mental y económica. Loyola (2018) sostiene que la "protección especial" se fundamenta en el alto grado de vulnerabilidad que adquiere la trabajadora por la maternidad. No obstante, este principio cuenta con una regulación abierta sin indicaciones claras sobre cómo debe actuar el Estado para garantizarlo<sup>17</sup>.

En vista de dicha situación, Garcés y Portal (2016) argumentan que la reversión de esta situación se puede lograr mediante una adecuada actuación de los operadores jurídicos, empleando métodos de análisis que reconozcan la falta de consideración hacia las mujeres en la estructura legal y que requieran ser replanteadas y reinterpretadas. Las autoras resaltan que el Tribunal Constitucional reconoce la protección del derecho a la salud de las trabajadoras gestantes, vinculando la licencia por maternidad al derecho a la salud y al libre desarrollo de la personalidad<sup>18</sup>.

Sin embargo, si bien la protección contra el despido representa una máxima interpretación del derecho al trabajo de la madre gestante, la tutela de este derecho no debería intervenir con la protección de los derechos fundamentales del trabajo, como la seguridad y salud de la trabajadora gestante. Por los motivos expuestos, consideramos que la protección reforzada de la trabajadora gestante no puede centrarse únicamente en la protección contra el despido, ya que la interpretación del artículo 8 por el Tribunal Constitucional, que elimina la obligación de notificación del estado de gestación, contradice el artículo 3 del Convenio 183 y el deber de protección de la trabajadora gestante.

Arévalo (2021) señala que, durante el embarazo, la mujer gestante puede sufrir daños en su salud como consecuencia de sus labores, lo cual sustenta la necesidad de una protección especial en el centro de trabajo. Por lo tanto, la protección

---

<sup>17</sup> LOYOLA, N (2018). El principio constitucional de protección especial a la madre trabajadora en el ordenamiento peruano. *Yachaq: Revista de Derecho*. Vol. 9.

<sup>18</sup> GARCÉS, P y PORTAL, D (2016). La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances? *Revista Pensamiento Constitucional*. Vol. 21.



reforzada respecto a la salud de la trabajadora gestante debe ser observada y considerada por el Tribunal Constitucional como parte de su deber de protección.

ii. Implicancias en la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras gestantes

La Ley No. 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece como principio rector el de protección, el cual garantiza que los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen una vida saludable, tanto física como mental y socialmente. Asimismo, el artículo 66 de esta ley estipula que los empleadores deben adoptar un enfoque de género en la identificación de peligros y la evaluación de riesgos anuales, y señala expresamente que deben implementar medidas que eviten la exposición de las trabajadoras embarazadas a labores peligrosas. Por lo tanto, mediante la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se establece el deber de protección de la salud de las trabajadoras gestantes, trasladando su materialización como una obligación para los empleadores.

Esta obligación se ha concretado a nivel legislativo con la publicación de la Ley No. 28048, Ley de Protección a Favor de la Mujer Gestante que Realiza Labores que Pongan en Riesgo su Salud y/o el Desarrollo Normal del Embrión y el Feto. Esta norma, como se ha señalado en el presente informe, tiene como objetivo que las mujeres gestantes no pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el periodo de gestación. La norma estipula que el estado de gestación debe estar certificado por el médico tratante, a fin de que el empleador tome conocimiento y asigne labores que no pongan en riesgo a la trabajadora.

A través de la legislación, se han contemplado los riesgos a la salud que pueden afectar a la trabajadora gestante. Mediante el Decreto Supremo No. 009-2004-TR, que dicta las normas reglamentarias de la Ley, se han enlistado los posibles riesgos, clasificados como generados por condiciones de trabajo y derivados de los cambios fisiológicos en la mujer gestante. Entre estos riesgos, destaca el deterioro preexistente de la salud de la mujer que le impida desarrollar labores propias de su puesto de trabajo.

Por ello, es necesaria la notificación del estado de gestación de la trabajadora. Como se ha demostrado, la legislación no discrimina entre trabajos riesgosos y trabajos regulares, sino que contempla que el propio estado de gestación puede

implicar un deterioro en la realización de actividades laborales comunes. Este estado puede suponer un riesgo para su salud y el desarrollo del feto. A partir del conocimiento del estado de gestación, el empleador debe evaluar los riesgos e implementar medidas de protección, como la limitación de exposición, el cambio temporal de labores u otras medidas que considere pertinentes y proporcionales.

Para ilustrar los efectos de la eliminación de la obligación de notificación del estado de gestación, consideremos el caso de la demandante, la señora Meléndez Vega. Como se ha expuesto, su puesto consistía en labores de enfermería, las cuales implican riesgos para la salud por exposición a agentes biológicos, tal como se estipula en el Listado de Agentes Biológicos aprobado por la Resolución Ministerial No. 374-2008-TR. En ausencia de una notificación del estado de gestación, situación confirmada por el Tribunal Constitucional, la trabajadora podría haber puesto en riesgo su salud y el desarrollo del feto. Sin notificación al empleador, y sin parámetros específicos sobre la notoriedad del embarazo, el empleador no pudo adoptar medidas adecuadas para las labores de la demandante.

## **VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

### **A. Evaluación crítica del fallo del Tribunal Constitucional en el caso Meléndez Vega**

Como se ha adelantado en el desarrollo del presente informe, el fallo del Tribunal Constitucional en el caso Meléndez Vega resulta cuestionable debido a la interpretación ambigua que realiza sobre la importancia de los principios de meritocracia, provisión presupuestal e igualdad en el empleo público, así como a la interpretación contradictoria de la protección reforzada de la trabajadora gestante a la luz del Convenio 183 de la OIT.

Por un lado, considero que la conclusión del Tribunal Constitucional sobre la aplicación parcial del precedente Huatuco Huatuco, con el fin de proteger el derecho fundamental al trabajo y a la no discriminación de la demandante, termina materializándose en un apartamiento total del precedente Huatuco Huatuco. Como se ha desarrollado, este precedente tiene como fundamento esencial resaltar las diferencias entre el régimen laboral del sector privado y el régimen laboral público, sin afectar los derechos fundamentales, pero sí observando el aspecto de disposición de fondos públicos que implica una plaza laboral en una institución del Estado. En la sentencia Huatuco Huatuco se desarrolla esencialmente el contenido

de los principios del empleo público, para sustentar los motivos por los cuales debe preverse el cumplimiento de estos principios ante la resolución de un caso de desnaturalización de contratos temporales o civiles en una institución del Estado.

No obstante, el Tribunal Constitucional, en su esfuerzo por resaltar la importancia de proteger el derecho a la no discriminación de la demandante, ha señalado que la resolución del caso Meléndez Vega implicaría una aplicación parcial del precedente Huatuco debido a la vulneración de dicho derecho. Sin embargo, siendo la esencia del precedente Huatuco el respeto y observancia de los principios del empleo público, resulta imposible que esta situación se materialice a través de una reposición provisional. Esto se debe a que no resulta relevante si esta reposición es temporal o permanente, ya que, en ambos casos, se inaplican los criterios de meritocracia, provisión presupuestal e igualdad para el acceso al empleo público. Así, debido a la clara ambigüedad de esta “aplicación parcial”, el criterio judicial se ha basado en el caso Meléndez Vega para justificar el apartamiento del precedente Huatuco Huatuco, sin considerar la importancia del respeto por los principios mencionados.

Por otro lado, en cuanto a la interpretación contradictoria del Convenio 183 de la OIT, el Tribunal Constitucional incurre en una aplicación incongruente de la interpretación sistemática del cuerpo normativo internacional. Aunque los Estados deben proteger contra el despido a las trabajadoras gestantes, también deben proteger su salud en el trabajo, lo cual no es pragmático en ausencia de una notificación del estado de gestación al empleador. Ante la falta de notificación del estado de gestación, no existen parámetros claros para determinar si el empleador puede tener conocimiento de la situación por otros medios. Específicamente, el Tribunal Constitucional ha fallado en aclarar las implicancias del conocimiento del empleador sin notificación, y no ha definido qué implicaría un embarazo notorio, lo cual puede generar un perjuicio a las trabajadoras gestantes en la práctica laboral.

#### B. Reflexión sobre las implicancias de los hallazgos en futuros casos similares

La práctica judicial, a la luz del precedente establecido en el caso Meléndez Vega, debe adoptar una interpretación coherente de la reflexión del Tribunal Constitucional respecto a la importancia de la protección integral de la trabajadora gestante.

En primer lugar, no es justificable apartarse de la aplicación del precedente Huatuco en la sentencia Meléndez Vega, ya que el Tribunal Constitucional ha reafirmado la importancia de los principios fundamentales del empleo público. Por lo tanto, cualquier justificación para no aplicar este precedente vinculante debe estar fundamentada en razones objetivas y procesales, evitando así una inobservancia arbitraria de los principios fundamentales del empleo público.

Además, la tutela reforzada otorgada a esta población no debe limitarse únicamente a la protección contra el despido, sino que también debe abarcar otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud y la seguridad en el trabajo.



## BIBLIOGRAFÍA

1. ARÉVALO, J (2021). Protección de la maternidad en el trabajo. Iuris Omnes, Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Arequipa, Perú.
2. Constitución Política de Perú de 1993.
3. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA (2015). Expediente No. 27013-2013-0-1801-JR-LA-01 (S). Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima. Lima, Perú.
4. CORTE SUPERIOR DE JUSTITICA DE MADRE DE DIOS (2020). Resolución No. 04. Expediente No. 00127-2020-0-2701-JR-CI-01. Juzgado Civil de Sede Tambopata.
5. CORTE SUPERIOR DE JUSTITICA DE MADRE DE DIOS (2021). Sentencia de Vista. Expediente No. 00127-2020-0-2701-JR-CI-01. Sala Civil.
6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (2022). Casación No. 7913-2019 DEL SANTA. Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, Perú.
7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (2023). Casación No. 49827-2022 LIMA. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima, Perú.
8. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (2023). Casación No. 6878-2019 LIMA ESTE. Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima, Perú.
9. Díaz, K. (2017). Los principios del empleo público peruano: una propuesta metodológica para ubicarlos en base a la historia del derecho y una referencia a la colisión con los principios del derecho del trabajo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
10. Díaz, K. (2019). El empleo público como disciplina autónoma: La necesidad de superar el diletantismo entre lo laboral y lo administrativo. Lima, Perú.
11. Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728
12. Decreto Supremo N° 005- 2012-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley No. 29783
13. Decreto Supremo No. 009-2004-TR, Dictan normas reglamentarias de la Ley No. 28048, Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto.
14. GAMARRA, L (2009). Reforma del Empleo Público: Necesidad de una Ley General. Revista Laborem. Vol. 9. Lima, Perú.

15. GARCÉS, P (2016). La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia el Tribunal Constitucional: ¿Más limitaciones que avances?. Pensamiento Constitucional. Vol 21 (21). Lima, Perú.
16. GARCÍA, C (2022). Sobre el concepto de bien jurídico. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Sevilla, España.
17. GARCÍA, D (2017). Pensamiento Constitucional. Vol 22. Lima, Perú.
18. LA LEY (2015). Precedente Huatuco: Sala Laboral considera que vulnera derechos constitucionales. Redacción LaLey.pe. Consulta: 05 de junio de 2024. Enlace: <https://laley.pe/2015/08/07/precedente-huatuco-sala-laboral-considera-que-vulnera-derechos-constitucionales/>
19. Ley No. 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
20. Ley No. 310307, Nuevo Código Procesal Constitucional.
21. Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil.
22. Ley No. 28175, Ley Marco del Empleo Público.
23. Ley No. 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres.
24. Ley No. Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto.
25. LIZA, L (2021). El V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y las innovaciones en los casos de despido incausado y fraudulento. Revista Oficial del Poder Judicial. Vol. 13 (16). Lima, Perú. DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i16.382>
26. LOYOLA, N (2018). El principio constitucional de protección especial a la madre trabajadora en el ordenamiento peruano. Yachaq: Revista de Derecho. Vol. 9.
27. Luyo, M. (2019). La carrera administrativa: su necesaria observancia para la regulación de la negociación colectiva en materia remunerativa de los servidores públicos en el Perú. Derecho y Sociedad, núm. 53.
28. MORALES, F (2015). Diez razones para que el precedente Huatuco se deje sin efecto. Consulta: 05 de junio de 2024. Enlace: <https://laley.pe/2015/07/15/diez-razones-para-que-el-precedente-huatuco-se-deje-sin-efecto/>
29. Navarro, P. y Vargas, T. (2018). Igualdad de género frente a la protección para la gestante. Seguridad y salud para la trabajadora. Revista Jurídica. Lima, Perú.
30. MUJICA, J. y TOLEDO, O. (2015). El precedente Huatuco y el rol de los jueces. Ponencia para Pontificia Universidad Católica del Perú. Enlace: <https://educast.pucp.edu.pe/video/5744/el-precedente-huatuco-y-el-rol-de-los-jueces>

31. NEVES, J (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral. THEMIS Revista de Derecho. Vol. 67. Lima, Perú.
32. MUJICA, J (2015). ¿Se debe desacatar el precedente Huatuco?. Portal IUS 360. Consulta: 05 de junio de 2024. Enlace: <https://ius360.com/se-debe-desacatar-el-precedente-huatuco/>
33. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2000). Convenio sobre la protección de la maternidad.
34. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). Notas OIT sobre trabajo y familia. Protección de la maternidad.
35. PALMA, T y JESUS, V (2019). Un progreso en materia de igualdad: Ley que prohíbe la discriminación remunerativa. Revista Derecho & Sociedad. Vol. 53. Pp. 25-37. Lima, Perú.
36. PAREDES, J (2019). Análisis jurisprudencial sobre la desnaturalización del contrato de trabajo. LP Derecho. Consulta: 05 de junio de 2024. Enlace: <https://lpderecho.pe/analisis-jurisprudencial-desnaturalizacion-contrato-trabajo/>
37. PUNTRIANO, C (2020). Protección de la madre que trabaja. El Peruano. Consulta: 05 de junio de 2024. Enlace: <https://elperuano.pe/noticia/104325-proteccion-de-la-madre-que->
38. Organización Internacional del Trabajo (2000). Convenio 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad.
39. Resolución Ministerial No. 374-2008-TR, Aprueban el listado de los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales que generan riesgos para la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia y los períodos en los que afecta el embarazo, el listado de actividades, procesos, operaciones o labores, equipos o productos de alto riesgo; y, los lineamientos para que las empresas puedan realizar la evaluación de sus riesgos.
40. Resolución Ministerial No. 002-2018-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley No. 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa.
41. TOLEDO, O (2015). El precedente Huatuco Huatuco y la captura o subsunción de la subjetividad laboral. Diálogo con la Jurisprudencia, 203. Pp. 215-232. Lima, Perú.
42. TOLEDO, O (2015). El precedente Huatuco Huatuco implica la inobservancia de los principios del derecho del trabajo y la afectación de los derechos de los trabajadores originando la captura o subsunción de la subjetividad laboral. Blog Omar Toledo Toribio. Consulta: 05 de junio de 2024. Enlace:

<https://omartoledotoribio.blogspot.com/2015/07/el-precedente-huatuco-huatuco-implica.html?view=timeslide>

43. Torres, E. (2021). La observancia de los principios de igualdad de oportunidades y de mérito en el acceso al servicio civil. SABER SERVIR, núm. 5.
44. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 0024-2003-AI/TC LIMA.
45. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 0202-2005-PA/TC HUARA.
46. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 05057-2013-PA/TC JUNÍN.
47. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 06681-2013-PA/TC LAMBAYEQUE.
48. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2022). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 02748-2021-PA/TC MADRE DE DIOS.
49. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 02392-2021-PA/TC SULLANA.
50. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023). Auto del Tribunal Constitucional. Expediente No. 02748-2021-PA/TC MADRE DE DIOS.
51. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 01762-2023-PA/TC LORETO.
52. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2024). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 01541-2022-PA/TC SANTA.
53. TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL (2022). Resolución de Sala Plena No. 012-2022-SUNAFIL/TFL. Lima, Perú.
54. TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL (2024). Resolución No. 278-2024-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. Lima, Perú.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## Pleno. Sentencia 254/2022

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ  
VEGA

### RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 22 de julio de 2022, los magistrados Morales Saravia, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo de la demandante.
2. **ORDENAR** a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría, hasta que se convoque a un concurso público para la plaza que desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción de su contrato o su acceso al empleo a plazo indefinido.
3. **ORDENAR** el pago de las remuneraciones devengadas desde el 27 de agosto de 2020 hasta la fecha de su reposición, más los intereses legales, así como los depósitos de compensación por tiempo de servicios; con el abono de los costos del proceso.

Asimismo, con fecha posterior el magistrado Ferrero Costa comunicó que suscribe la sentencia.

Por su parte, el magistrado Gutiérrez Ticse emitió un voto singular declarando fundada en parte la demanda e improcedente en otro extremo.

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

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA  
MORALES SARAVIA  
GUTIÉRREZ TICSE  
DOMÍNGUEZ HARO  
PACHECO ZERGA  
MONTEAGUDO VALDEZ  
OCHOA CARDICH



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 22 días del mes de julio de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el voto singular del magistrado Gutiérrez Ticse.

### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Jenny Marvila Meléndez Vega contra la resolución de fojas 427, de fecha 19 de marzo de 2021, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 14 de setiembre de 2020, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Hospital I Víctor Lazo Peralta – Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud, solicitando se declare ilegal y nulo el despido arbitrario del que fue víctima -el 27 de agosto de 2020-; y que, en consecuencia, se ordene la suscripción de su contrato laboral a plazo indeterminado.

Sostiene que laboró para el hospital emplazado como técnica en enfermería desde el 3 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2019, y luego desde el 28 de enero hasta el 30 de junio de 2020, como locadora de servicios, mediante órdenes de compra, para seguir laborando desde el primero hasta el 17 de julio de 2020, según recibo electrónico por honorarios E001-31 y, finalmente, desde el 17 de julio hasta el 27 de agosto de 2020, sin contrato alguno. Afirma que fue despedida por no querer firmar la orden de compra 4503642292, del 13 de agosto de 2020, no obstante que su empleador conocía que estaba en estado de gestación.

Asevera que laboraba sin contrato desde el 17 de julio de 2020, y que, en los hechos, con base en el principio de primacía de la realidad, los contratos verbales de locación de servicios celebrados con la emplazada devienen en nulos, pues se encontraban desnaturalizados, debido a que solo encubrieron la relación laboral a plazo indeterminado que mantenía con su empleador, dentro del régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Alega la trasgresión del principio tuitivo de primacía de la realidad y de los derechos constitucionales al trabajo, a la protección de la madre gestante y al debido proceso (f. 45).



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

El apoderado judicial de la Red Asistencial Madre de Dios del Seguro Social de Salud – EsSalud, contesta la demanda argumentando que esta es improcedente, porque la demandante, desde el inicio hasta la culminación de los servicios prestados a EsSalud, ejerció labores que implicaron servicios no incluidos en el catálogo del acuerdo marco, conforme a lo establecido en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo 082-2019-EF, pues las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT vigentes al momento de la transacción, están sujetas a la supervisión del Organismo de Supervisión de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Asimismo, refiere que es improcedente porque resulta de aplicación al caso de la demandante el precedente vinculante establecido por este Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC, pues no ingresó a laborar a la entidad demandada mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante y de duración indeterminada, debido a que siempre fue contratada en la modalidad de locación de servicios, que son de naturaleza civil, mediante órdenes de compra, sin generar un vínculo laboral; y que obvió firmar la última orden de compra 4503642292, del 13 de agosto de 2020, para prestar servicios al Programa de Inmunizaciones del Hospital emplazado del 17 de julio al 14 de setiembre de 2020, con el errado y premeditado objetivo de valerse de dicha omisión para solicitar que se declare nulo su supuesto despido (f. 317).

El Juzgado Civil - Sede Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante Resolución 4, del 23 de octubre de 2020, declaró fundada la demanda, al considerar que en autos ha quedado acreditado que la demandante ha laborado en favor de la demandada, con un contrato con fecha 3 de noviembre de 2019 (sic), hasta el 17 de julio de 2020, y que al 27 de agosto de 2020, fecha de su despido, tenía aproximadamente 6 meses de gestación, por lo que fue despedida de forma arbitraria, pues había sido contratada en una plaza presupuestada y mediante concurso público (f. 331).

La Sala revisora revocó la apelada y declaró infundada la demanda, por estimar que la demandante ha mantenido una relación contractual de locación de servicios desde el mes de octubre de 2019 hasta el 30 de junio de 2020, para realizar labores de técnica en enfermería, las cuales estaban supeditadas a subordinación y dependencia, además de realizar otras funciones, por lo que se acreditó en autos que la emplazada utilizó dicha modalidad contractual con el propósito de simular una relación laboral de naturaleza temporal, y que en armonía con el artículo 77, inciso d) del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dichos contratos se han desnaturalizado. Sin embargo, aduce que resulta de aplicación el precedente fijado en la Sentencia 05057-2013-PA/TC, ya que de la demanda y sus recaudos se desprende que la demandante no ingresó mediante concurso público de méritos para una plaza vacante e indeterminada. Asimismo, en relación al estado de gestación de la demandante, considera que no se ha acreditado en



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

autos que esta haya informado documentadamente a la entidad emplazada de su estado de gravidez, por lo que no puede concluirse que su cese laboral haya tenido como motivo dicho estado (f. 427).

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando como técnica en enfermería del Hospital I Víctor Lazo Peralta – Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud, por haber sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, debido a que se encontraba en estado de gravidez.
2. Es preciso mencionar que, a la fecha de la interposición de la presente demanda (14 de setiembre de 2020), aún no se había implementado la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Madre de Dios. Por tanto, en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley 29497, motivo por el cual el proceso de amparo resulta ser, en principio, la vía idónea para dilucidar la pretensión de la demandante.
3. Asimismo, en el presente caso, la vía del proceso de amparo es la idónea para resolver la controversia, en la medida en que existe la necesidad de tutela urgente, por cuanto la demandante alega que fue despedida por encontrarse embarazada, lo que contravendría el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política. En ese sentido, este Tribunal Constitucional considera que en el caso de autos subyace una controversia de relevancia constitucional, lo que amerita un pronunciamiento de fondo.

### Análisis de la controversia

4. Conforme lo afirma la propia demandante en su demanda, y se corrobora con diversos medios probatorios obrantes en autos<sup>1</sup>, ella ha prestado servicios para la entidad emplazada en tres períodos: primero, desde el 3 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2019; posteriormente, desde el 28 de enero hasta el 17 de julio de 2020 -ambos períodos mediante órdenes de compra en la modalidad de locación de servicios-; y, finalmente, desde el 18 de julio hasta el 27 de agosto de 2020, sin contrato alguno. En ese sentido, este Tribunal solo se pronunciará con relación al período comprendido entre el 28 de enero y el 27 de agosto de 2020, en el que se acredita la continuidad de los servicios prestados.

---

<sup>1</sup> Ver fojas 14 a 19 y 204 a 275, y otras que se precisarán en los siguientes considerandos.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

5. Ha sido determinado por las instancias inferiores, basándose en los medios probatorios ofrecidos, que es posible determinar la existencia de subordinación en la prestación de servicios de la demandante, porque se encontraba sujeta a las órdenes de un jefe inmediato, para quien emitía informes de las labores realizadas<sup>2</sup>. Además, de los turnos de servicio programados por la demandada<sup>3</sup>, se aprecia que era esta la que establecía el itinerario de trabajo de la demandante. Finalmente, de los recibos por honorarios se corrobora que percibía un pago mensual por sus servicios<sup>4</sup>.
6. Asimismo, sin perjuicio de lo antes expuesto, dada la naturaleza del cargo de técnico en enfermería, para el que fue contratada, y las funciones asignadas, también se puede concluir que las labores encomendadas eran de naturaleza permanente y no temporales, por ser propias de la actividad principal del hospital demandado. Así se puede comprobar, de los términos de referencia que sustentaron la contratación de la demandante<sup>5</sup>, que sus funciones específicas eran: brindar apoyo en triaje de Emergencia y registro de pacientes de Tópico de Emergencia y observación; implementar y equipar el consultorio médico de Emergencia y Tópico de Emergencia y observación; brindar apoyo al personal de enfermería en dar atención para la hidratación y tratamiento en Emergencia, entre otras funciones. Además, se confirma esta hipótesis con el “Sustento técnico de requerimiento” para la referida contratación<sup>6</sup>, en el que se reconoce que “[e]n la actualidad, no se cuenta con **TECNICO EN ENFERMERIA** en el Servicio de EMERGENCIA debido a que el Personal Programado ha tenido que desplazarse a CENTRAL DE ESTERILIZACIÓN ya que el personal que se encontraba programado ha sido ganador del concurso plaza 728 (...). Por lo que se necesita, un 01 Técnico de Enfermería con **CARÁCTER DE URGENCIA** para que puedan Cumplir con la Atención de TRIAJE en Emergencia” (sic).
7. Por lo tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas contractuales que pretendían ocultar una relación laboral con la celebración de un contrato de locación de servicios. Por ende, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil desde el primer momento de su contratación.

**Sobre la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo, vinculado al estado de gestación de la demandante**

8. A fin de probar su estado de gravidez, la demandante presenta como anexos de la demanda: a) copia certificada del Acta de constatación policial del 27 de agosto de

<sup>2</sup> Ver informes de fojas 204, 214, 220, 267 y 275.

<sup>3</sup> Cfr. fojas 215, 216, 221, 222, 268, 269 y 276.

<sup>4</sup> Cfr. fojas 14 a 19.

<sup>5</sup> Ver fojas 258, vuelta.

<sup>6</sup> Fojas 260.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

2020, donde afirma que tiene 6 meses de embarazo<sup>7</sup>; b) copia legalizada del carnet de control materno perinatal correspondiente a la patrocinada, expedido por EsSalud<sup>8</sup>; c) hemograma automatizado fórmula diferencial automatizada de leucocitos del 27 de agosto de 2020, que en la demanda se afirma fue expedido por los funcionarios del hospital emplazado y pertenece a la demandante<sup>9</sup>; y d) receta médica del 27 de agosto de 2020, perteneciente a la demandante, expedido por el ginecólogo obstetra del Hospital I Víctor Alfredo Lazo Peralta de la Red Asistencial Madre de Dios<sup>10</sup>. Empero, no ha afirmado que haya comunicado al empleador de su estado de gestación, sino que este era notorio al tener seis meses de embarazo y se atendía en el hospital demandado.

9. Se verifica de autos que los documentos de atención referidos en el fundamento anterior -que según la demandante fueron emitidos por el hospital-, no fueron cuestionados por la entidad demanda en su contestación de la demanda<sup>11</sup>, ni los ha tachado de falsos. Asimismo, ante la aseveración sobre el estado de gestación de la demandante, la entidad emplazada se limita a afirmar que es un argumento “impertinente”. No obstante, califica como falsos y contradice otros argumentos y se limita a aducir que la Ley General de Salud no permite dar información de actos médicos, y que los documentos presentados por la demandante no acreditan que haya comunicado al hospital demandado su estado de gestación<sup>12</sup>.
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<sup>13</sup>, el cual es aplicable como norma de derecho nacional<sup>14</sup>. 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

<sup>7</sup> Ver fojas 4, documento expedido por Javier A, Guzmán Avalos, mayor de la Comisaría de Tambopata y otro, participando la actora, el administrador de la Red Asistencial de MDD del Hospital de EsSalud, abogado Fritz Aguirre Dianderas y el abogado Richard Uceda Villacruz.

<sup>8</sup> Ver fojas 6 y 7.

<sup>9</sup> Cfr. fojas 40.

<sup>10</sup> Cfr. fojas 27.

<sup>11</sup> Ver fojas 317.

<sup>12</sup> Ver fojas 347 y siguientes, en particular, los fundamentos 3.9 y 3.13 de ese recurso.

<sup>13</sup> El 9 de mayo de 2016.

<sup>14</sup> Artículo 55 de la Constitución.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

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”<sup>15</sup>.

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.

### Sobre el precedente recaído en el Expediente 05057-2013-PA/TC

13. Dicho precedente, más conocido como “precedente Huatuco” estableció las siguientes reglas de interpretación en los casos de despido en el sector público, con respecto a la reincorporación de los trabajadores:
  - i. (...) resulta necesario establecer de modo vinculante determinados parámetros para resolver procesos interpuestos por aquellas personas que, habiendo mantenido una relación contractual de carácter temporal o civil con alguna entidad del aparato estatal, reclaman la *desnaturalización* de sus contratos y exigen ser reincorporadas con una relación de trabajo de naturaleza indeterminada. (énfasis agregado)<sup>16</sup>.
  - ii. No podrá ordenarse la reincorporación de los trabajadores que no hayan ingresado a laborar mediante un concurso público y para una plaza vacante, presupuestada y de duración indeterminada<sup>17</sup>.
  - iii. Las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y en la mencionada sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración<sup>18</sup>.
  - iv. El cumplimiento del precedente debía realizarse desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario *El Peruano*.
14. El presente caso no es uno que trate de un supuesto puro de desnaturalización de contrato, el cual ha sido regulado por el “precedente Huatuco”. Adicionalmente, involucra una discriminación por razón de sexo de una trabajadora, despedida por

---

<sup>15</sup> Convenio 183 OIT, artículo 8.

<sup>16</sup> Fundamento 25.

<sup>17</sup> Fundamento 19.

<sup>18</sup> Fundamento 20.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

su estado de gestación, el cual convierte al despido en uno nulo. Este elemento adicional, por sí solo, hace que el citado precedente sea aplicado en forma parcial.

15. No obstante, este Tribunal Constitucional aprecia que, desde la fecha en que se emitió el precedente hasta la actualidad, el número de procesos de amparo presentados solicitando la reposición por desnaturalización de contratos ha ido en aumento, lo que pone de manifiesto que la Administración pública sigue empleando esas modalidades de contratación para cubrir necesidades de las diversas entidades del Estado. En consecuencia, no debería recaer sobre los funcionarios que celebran esos contratos la responsabilidad a la que alude el “precedente Huatuco” en el fundamento 19 necesariamente, ya que se realizan por indicación de sus superiores. Por el contrario, resulta indispensable que se sinceren las cifras de las necesidades de recursos humanos en las entidades del Estado y se convoque a los concursos que se requieran para proveer todas las plazas necesarias para brindar el servicio que les compete.
16. No amparar demandas en las que se advierte que ha existido un abuso de posición contractual por parte del Estado para lograr la prestación de servicios, recurriendo a modalidades que impiden a los trabajadores gozar de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en materia laboral, significaría un retroceso en la protección de los mencionados derechos y el desconocimiento del principio de primacía de la realidad. La jurisprudencia de este Colegiado sobre este principio es uniforme: lo califica como principio implícito que rige la relación laboral, según el cual “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”<sup>19</sup>.
17. Por otro lado, las leyes son de obligatorio cumplimiento<sup>20</sup>, y entre los principios que rigen la Ley Marco del Empleo Público,<sup>21</sup> se encuentran los de mérito y capacidad<sup>22</sup>, así como el de previsión presupuestaria<sup>23</sup>. Así, se establece que, en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, deben regir “los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe

<sup>19</sup> Sentencia 01944-2002-AA/TC, fundamento 3. En similar sentido ver, entre otras, Sentencia 03710-2005-PA/TC, fundamento 4, Sentencia 01944-2002-AA/TC, fundamento 3, Sentencia 00104-2010-AA/TC, fundamento 7.

<sup>20</sup> Constitución del Perú, artículo 109.

<sup>21</sup> Ley 28175, artículo IV.

<sup>22</sup> El ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública. Para los ascensos se considera además el tiempo de servicio (n. 7).

<sup>23</sup> Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado (n. 10).





**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

procurar soluciones de consenso y equilibrio, y la primacía de los derechos laborales”<sup>24</sup>.

18. De acuerdo con la norma glosada, la protección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público deben ser priorizados, lo cual resulta incompatible con la prohibición expresa de ordenar la reposición cuando se comprueba que se ha recurrido a modalidades que vulneran los derechos fundamentales, como es el caso de una trabajadora embarazada que sin causa alguna es despedida o no se le renueva el contrato que ha sido desnaturalizado por haberse pactado bajo las leyes civiles, cuando en realidad el trabajo se prestaba en forma subordinada<sup>25</sup>. A la vez, tampoco sería conforme al ordenamiento jurídico ordenar la reposición de esos trabajadores a plazo indefinido cuando no han accedido por concurso público a una plaza presupuesta y vacante<sup>26</sup>, ya que se vulneraría tanto la meritocracia como la igualdad de oportunidades.
19. En consecuencia, a fin de tutelar tanto los derechos laborales de los trabajadores como los requisitos del acceso al empleo público a plazo indeterminado, este Tribunal Constitucional concluye que cuando se despide a una trabajadora cuyo contrato ha sido desnaturalizado y se comprueba que existe nulidad en el despido, se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. En caso que la trabajadora no se presente al concurso o no lo apruebe, su contrato se extinguirá sin que tenga derecho al pago de indemnización. Durante el tiempo de la reincorporación temporal, como resulta obvio, quedan habilitadas las facultades disciplinarias del empleador, cuando compruebe faltas relacionadas con la conducta o capacidad de la trabajadora.

---

<sup>24</sup> Ley 28175, artículo IV.8: “Principios de Derecho Laboral.- Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio”.

<sup>25</sup> En otros casos, la desnaturalización ocurre por celebrar contratos sujetos a modalidad sin que pueda comprobarse la causa objetiva justificante de la necesidad de contratar personal a plazo determinado (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 53: “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes”).

<sup>26</sup> El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, sobre la base de los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

### Sobre las remuneraciones devengadas

20. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha previsto, en el caso de despidos nulos, que el juez, al declarar fundada la demanda de nulidad, “ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses”<sup>27</sup>.
21. Por tanto, teniendo en cuenta que los despidos nulos son actos sin eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico, no atribuibles al trabajador, corresponde, en aplicación del principio de igualdad de oportunidades, que este Tribunal ordene dichos pagos, tanto por razones de economía procesal como de justicia material.
22. Esta es una práctica habitual en el derecho comparado. Así el Tribunal Constitucional español, cuando califica el despido de una embarazada como nulo, por discriminatorio (SSTC 41/2002, de 25 de febrero, 342/2006, de 11 de diciembre, 92/2008, de 21 de julio, 124/2009, de 18 de mayo), esa declaración de nulidad comporta la obligación de la empresa de readmitir inmediatamente a la trabajadora, así como de abonar los salarios de tramitación, que son el equivalente a las remuneraciones devengadas en nuestro país<sup>28</sup>. Criterio similar sigue la Corte Constitucional de Colombia, la que añade, en estos casos, el pago de la indemnización prevista en el Código Sustantivo de Trabajo de ese país<sup>29</sup> (T-1236-04; T-909-02; S. T-063/06, T-495/07, T-024/11). Finalmente, en Chile rige similar protección en los casos de despido nulo, por no haberse respetado el fuero, sea maternal o sindical, de un trabajador<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Artículo 40.

<sup>28</sup> El Tribunal español ordena el pago, en virtud de lo establecido en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, que es el equivalente al artículo 40 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que se transcribe a continuación: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. (...) 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

<sup>29</sup> Artículo 239: “PROHIBICIÓN DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. (...) 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado”.

<sup>30</sup> Cfr. Código de Trabajo de Chile, artículo 174: “(...) Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales”.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

23. Consecuentemente, durante el tiempo transcurrido desde que no le renovaron el contrato hasta la fecha actual, la demandante no ha cumplido con su deber de trabajar por un hecho imputable únicamente al empleador. Por esta razón, de acuerdo con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, tiene derecho a cobrar las remuneraciones devengadas. Este derecho ha sido también reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ordenó la reposición de los magistrados del Tribunal Constitucional depuestos en el año 2001. En esa oportunidad, la Corte estableció que “el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás prestaciones que en conformidad con su legislación correspondan a los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, de acuerdo con lo establecido en los párrafos 121 y 128 de la presente Sentencia”<sup>31</sup>.

### Efectos de la presente sentencia

24. Teniendo en cuenta que la demandante fue despedida estando embarazada y que la entidad demandada no ha probado que el motivo para prescindir de sus servicios fuera una razón distinta a su estado de gestación, corresponde ordenar su reposición en un puesto de similar categoría, así como el pago de las remuneraciones devengadas desde el 27 de agosto de 2020 hasta la fecha de su reincorporación, con intereses legales, así como la compensación por tiempo de servicios, de acuerdo con la legislación vigente.
25. Si bien la demandante se encontraba laborando bajo la modalidad de locación de servicios, este hecho no impide que goce de la protección constitucional que su condición de madre trabajadora exige. La razón es que se ha demostrado en el proceso, con base en el principio de primacía de la realidad, que prestó sus servicios personales y remunerados en forma subordinada. En consecuencia, lo que verdaderamente había celebrado era un contrato laboral a plazo indefinido<sup>32</sup>. No otorgar la protección en estos casos de desnaturalización de contratos impediría el desarrollo profesional de una mujer, al negarle la posibilidad de continuar en el empleo, al que había accedido por sus méritos, vulnerando así tanto el principio de no discriminación, como el de igualdad de oportunidades<sup>33</sup>.
26. Resulta evidente que el asumir responsabilidades familiares, como es la de tener un hijo, no trasciende a la relación laboral del padre, como ocurre con la madre. Por tanto, para que la madre trabajadora pueda desarrollarse profesionalmente, de modo análogo a como puede hacerlo un hombre, es necesario una tutela especial a lo largo de la relación laboral.

<sup>31</sup> Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, punto resolutive n. 5. Ubicable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf) (énfasis añadido).

<sup>32</sup> Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 4: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

<sup>33</sup> Constitución del Perú, artículos 2.2.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

27. Finalmente, en atención a lo dispuesto por el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional, corresponde condenar al pago de costos procesales a la parte emplazada.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo de la demandante.
2. **ORDENAR** a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría, hasta que se convoque a un concurso público para la plaza que desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción de su contrato o su acceso al empleo a plazo indefinido.
3. **ORDENAR** el pago de las remuneraciones devengadas desde el 27 de agosto de 2020 hasta la fecha de su reposición, más los intereses legales, así como los depósitos de compensación por tiempo de servicios; con el abono de los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**FERRERO COSTA  
MORALES SARAVIA  
DOMÍNGUEZ HARO  
PACHECO ZERGA  
MONTEAGUDO VALDEZ  
OCHOA CARDICH**

**PONENTE PACHECO ZERGA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Emito el presente voto, con el debido respeto de la opinión de mis colegas, en razón de que no comparto parcialmente la decisión adoptada en este caso, ni los argumentos que la sustentan.

En ese sentido, a continuación, fundamentaré por qué considero que la demanda debió ser declarada **FUNDADA en parte**.

1. Con fecha 14 de setiembre de 2020, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Hospital I Víctor Lazo Peralta – Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud, solicitando que se declare ilegal y nulo el despido arbitrario por razón de su embarazo del que fue víctima -el 27 de agosto de 2020-; y que, en consecuencia, se ordene la suscripción de su contrato laboral a plazo indeterminado.
2. Conforme lo afirma la propia accionante en su demanda, y se corrobora con diversos medios probatorios obrantes en autos, ésta ha prestado servicios para la entidad emplazada en tres períodos: i.) primero desde el 3 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2019; ii.) posteriormente desde el 28 de enero hasta el 17 de julio de 2020 (ambos períodos mediante órdenes de compra en la modalidad de locación de servicios); y iii.) finalmente, desde el 18 de julio hasta el 27 de agosto de 2020, sin contrato alguno.
3. En ese sentido, el presente voto singular solo aludirá al período comprendido entre el 28 de enero y el 27 de agosto de 2020, en el que se acredita la continuidad de los servicios prestados.
4. Al respecto, en la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de junio de 2015, el Tribunal Constitucional estableció en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, con carácter de precedente, que -en los casos en que se verifique la desnaturalización del contrato de trabajo temporal o civil- no podrá ordenarse la reposición a plazo indeterminado cuando se evidencie que la parte demandante no ingresó a la Administración Pública mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En tal sentido, se estableció que los procesos de amparo en trámite en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional deberán ser declarados improcedentes, pues no procede la reposición en el trabajo, debiendo el juez -en estos casos- reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.
5. También se precisó que las demandas presentadas a partir del día siguiente de la publicación de la citada sentencia en el diario oficial *El Peruano*, cuya pretensión



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

no cumpla el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, deberán ser declaradas improcedentes sin que opere la reconducción.

6. En el presente caso, se debe determinar si la prestación de servicios de la recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerado un contrato de trabajo, porque, de ser así, la demandante solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 01944-2002-AA/TC, se estableció que, mediante el referido principio, “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (fundamento 3).
7. Así, se observa que la demandante prestó servicios para la entidad emplazada desde el 28 de enero al 27 de agosto de 2020, como técnica en enfermería. De los medios probatorios ofrecidos es posible determinar la existencia de subordinación, toda vez que se encontraba sujeta a un jefe inmediato, y para quien emitía informes de las labores realizadas (informes de fojas 204, 214, 220, 267 y 275); mientras que de los roles de servicio o turnos programados que obran a fojas 215, 216, 221, 222, 268, 269 y 276, se aprecia que era la entidad demandada quien establecía un itinerario de trabajo para la accionante; y, finalmente, de los recibos por honorarios se corrobora que percibía un pago mensual por sus servicios (folios 14 a 19).
8. Asimismo, sin perjuicio de lo antes expuesto, dada la naturaleza del cargo de técnico en enfermería para el que fue contratada la actora y las funciones asignadas, también se puede concluir que las labores encomendadas eran de naturaleza permanente y no temporales, propias de la actividad principal del hospital demandado, como se puede apreciar en los términos de la referencia que sustentaron su contratación, obrante a fojas 258 (vuelta), en los que se consigna como funciones específicas: brindar apoyo en triaje de Emergencia y registro de pacientes de Tópico de Emergencia y observación; implementar y equipar el consultorio médico de Emergencia y Tópico de Emergencia y observación; y brindar apoyo al personal de enfermería en dar atención para la hidratación y tratamiento en Emergencia; entre otras funciones. Dicha situación, se confirma con el Sustento Técnico de Requerimiento para la referida contratación (f. 260), en el cual se consigna que “[e]n la Actualidad, No se cuenta con TECNICO EN ENFERMERIA en el Servicio de EMERGENCIA debido a que el Personal Programado ha tenido que desplazarse a CENTRAL DE ESTERILIZACIÓN ya que el personal que se encontraba programado ha sido ganador del concurso plaza 728 (...). Por lo que se necesita, un 01 Técnico de Enfermería con CARÁCTER DE URGENCIA para que puedan Cumplir con la Atención de TRIAJE en Emergencia” (sic).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

9. Por lo tanto, es claro que la labor ejercida por la demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de la prestación de servicios remunerados y subordinados, y sujeta a un horario de trabajo; razón por la cual queda establecido que, entre las partes, ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, toda vez que la relación contractual que mantuvieron la parte demandante y la emplazada se ha desnaturalizado.
10. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) lo expuesto en el aludido precedente del Expediente 05057-2013-PA/TC (que tiene como fundamento el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público), que exige verificar, antes de ordenar la reposición laboral, si el respectivo demandante ingresó o no mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada; y ii) que en el caso de autos, conforme se desprende de la demanda y sus recaudos, la demandante no ingresó mediante dicho tipo de concurso público, por lo que en vez de establecer un mecanismo tuitivo del derecho al trabajo estaríamos generando un acto arbitrario en desmedro de muchos trabajadores que pierden dicha expectativa laboral.
11. Por ello, estimo que la pretensión de la parte demandante, de ser repuesta con un contrato laboral a plazo indeterminado, debe ser declarada **IMPROCEDENTE** en esta sede constitucional.
12. De otro lado, y atendiendo a que la demanda de autos fue interpuesta con posterioridad a la publicación de la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC en el diario oficial *El Peruano*, no corresponde remitir el expediente al juzgado de origen para que proceda a reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral, conforme se dispone en el fundamento 22 de la precitada sentencia; mas sí la emplazada deberá verificar lo pertinente con relación a la identificación de las responsabilidades funcionales mencionadas en el fundamento 20 del precedente establecido en el Expediente 05057-2013-PA/TC.
13. Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde analizar a continuación el alegato de la recurrente, relacionado con que su despido estuvo vinculado a su estado de gestación.
14. Sobre el particular, interpretando lo establecido en los artículos 2, inciso 2, y 4 de la Constitución Política de 1993, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento constitucional contempla una tutela reforzada en favor de las mujeres gestantes en el ámbito laboral, la cual, entre otros aspectos, exige brindarles estabilidad y seguridad laboral durante el periodo de gestación y lactancia<sup>34</sup>, garantía ésta que se extiende a toda trabajadora

---

<sup>34</sup> Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de diciembre de 2017.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

del sector público o del sector privado que se encuentre en tal situación, independientemente del régimen laboral al que pertenezca, pues la Constitución - en tanto norma suprema del Estado- irradia sus efectos normativos a todos los espacios de interacción laboral, sin excepción alguna.

15. En el presente caso, si bien en autos no se ha acreditado de manera fehaciente que la demandante haya comunicado sobre su estado de gestación a su empleador antes del alegado despido, la recurrente es una mujer que se encontraba con cerca de 6 meses de estado de gestación cuando fue despedida.
16. Dicho estado avanzado de embarazo era razonablemente notorio, de lo cual se presume que se está ante un despido nulo que tuvo como causa el estado de gravidez de la demandante. Y es que, teniendo en cuenta la mencionada especial protección constitucional a favor de la mujer gestante, en el presente caso se aprecia que la parte emplazada a partir de haber tomado conocimiento del estado notorio de gravidez de la recurrente, debió adoptar las acciones necesarias para garantizar su derecho al trabajo. Sin embargo, al optar continuar con su decisión de no renovar el contrato laboral de la demandante por el solo hecho de encontrarse embarazada se generó una situación de discriminación por razón de sexo, circunstancia que conlleva a concluir que su cese laboral resulta inconstitucional.
17. Por tanto, corresponde tutelar el derecho al trabajo y a la protección de la madre en el ámbito laboral, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación de la demandante, y disponer su reposición laboral en un puesto de trabajo de igual o similar categoría (jerárquica y remunerativa) al que tenía antes del despido, por el tiempo que dura el periodo de gestación y el año de lactancia.
18. Por estas razones, considero que debe declararse **FUNDADA en parte** la presente demanda de amparo en relación con el derecho al trabajo y a la protección de la madre en el ámbito laboral, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación de la demandante, y **ORDENAR a la emplazada que reponga a la demandante en un puesto de trabajo de igual o similar categoría (jerárquica y remunerativa) al que tenía cuando no le renovaron el contrato**, conforme a lo indicado *supra*; así como la respectiva **condena de pago de costos del proceso**.

---

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

*Queda prohibido que la entidad empleadora despidan o no renueven el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad”.*





**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 02748-2021-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
JENNY MARVILA MELÉNDEZ VEGA

19. En el otro extremo, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la pretensión de la parte demandante de ser repuesta con un contrato laboral a plazo indeterminado, conforme a lo expuesto anteriormente.

**S.**

**GUTIÉRREZ TICSE**

