



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

RESOLUCIÓN Nº 000683-2022-SERVIR/TSC-Primera Sala

EXPEDIENTE : 995-2022-SERVIR/TSC
IMPUGNANTE : LUZ VIOLETA HUERTA GARRIDO
ENTIDAD : HOSPITAL "VICTOR RAMOS GUARDIA"
RÉGIMEN : DECRETO LEGISLATIVO Nº 276
MATERIA : ACCESO AL SERVICIO CIVIL
 REPOSICIÓN

SUMILLA: *Se declara FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la señora LUZ VIOLETA HUERTA GARRIDO contra la Resolución Administrativa Nº 0017-2022-DIRES-A "VGR" HZ/D.E./U.P, del 18 de enero de 2022, emitida por la Jefatura de la Unidad de Personal del Hospital "Víctor Ramos Guardia"; al trasgredir la protección especial de las servidoras gestantes reconocido en los tratados y convenio internacionales, la Constitución Política del Perú, la Ley Nº 30709 y su Reglamento.*

Asimismo, se declara IMPROCEDENTE el recurso de apelación, en el extremo en que se solicita el pago de indemnización por despido arbitrario así como el pago los beneficios sociales, dado que el Tribunal del Servicio Civil no es competente para conocer los mismos.

Lima, 22 de abril de 2022

ANTECEDENTES

1. El 27 de agosto de 2021, la señora LUZ VIOLETA HUERTA GARRIDO, en adelante la impugnante, solicitó a la Dirección Ejecutiva de la Dirección Regional de Salud Ancash del Gobierno Regional de Ancash la desnaturalización de los contratos por la modalidad de reemplazo temporal, la indemnización por despido arbitrario, pago de haberes del mes de julio de 2021 y de beneficios sociales, por las siguientes consideraciones:
 - i) Mantuvo vínculo laboral con el Hospital "Víctor Ramos Guardia, en adelante la Entidad, mediante sendas Resoluciones Directorales, bajo la modalidad de contrato por reemplazo temporal, para laborar en la plaza de obstetra en el Hospital "Víctor Ramos Guardia" de Huaraz, debido al fallecimiento de la trabajadora que realizaba labores permanentes en dicho cargo (constituyendo una plaza bloqueada sujeta a concurso publico), desde el 1 de febrero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

- ii) Desde el 1 al 31 de enero de 2021 mediante contrato de locación de servicios, se desnaturalizó los contratos suscritos bajo el Decreto Legislativo N° 276.
- iii) Mediante Resoluciones Directorales, fue nuevamente contratada bajo la modalidad de contrato por reemplazo temporal desde el 1 de febrero de 2020 al 31 de julio de 2021, que fue despedida de manera arbitraria e incausada, produciéndose un despido nulo conforme al artículo 1° de la Ley 30367.

Adicionalmente, la impugnante argumentó que puso de conocimiento de la Entidad su estado de embarazo a fin de que se le asigne trabajo remoto; sin embargo, la Entidad dejó de renovar su contrato y además la despidió sin causa alguna ni dentro del debido procedimiento, motivo por el cual presentó su queja ante la Defensoría del Pueblo, la cual mediante Oficio N° 1111-2021-DP/OD-ANC, del 5 de agosto de 2021, señaló que fue un acto arbitrario el no renovar su contrato pese a su estado de salud gestacional, siendo un acto discriminatorio y recomendaba la renovación de su contrato.

- 2. Mediante Resolución Directoral N° 297-2021-DIRES-A-H“VRG”HZ/D.E./U.P., del 20 de octubre de 2021¹, la Jefatura de la Unidad de Personal de la Entidad, resolvió lo siguiente:

- i) Declarar infundada la solicitud presentada por la impugnante en el extremo de indemnización por despido arbitrario y desnaturalización de contrato de trabajo.
- ii) Estando en trámite el pago de sus remuneraciones del mes de julio de 2021, estese al contenido de la citada resolución en cuanto al referido pago y aguinaldo de julio 2021, a favor de la impugnante
- iii) Declarar fundado el pago de vacaciones truncas o no gozadas por la impugnante en cuanto a los periodos laborados por modalidad de reemplazo temporal del 1 de febrero de 2019 al 29 de febrero de 2020, haciendo un total de 13 meses laborados; del 1 de mayo al 31 de diciembre de 2020; haciendo un total de 8 meses laborados; del 1 de febrero al 31 de julio de 2021, haciendo un total de 6 meses laborados.

- 3. El 12 de noviembre de 2021, la impugnante presentó recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 297-2021-DIRES-A-H“VRG”HZ/D.E./U.P., bajo argumentos similares a los expuestos en su solicitud; asimismo, manifestó haber presentado queja ante Defensoría del Pueblo, la cual mediante Carta de Conclusión N° 0317-2021-DP-OD-ANC, de fecha 18 de Octubre del 2021 declaró fundada su queja y no solucionada por la Entidad.

¹ Notificada a la impugnante el 25 de octubre de 2021



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

4. Mediante Resolución Administrativa N° 0017-2022-DIRES-A“VGR”HZ/D.E./U.P, del 18 de enero de 2022², la Jefatura de la Unidad de Personal de la Entidad resolvió declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por la impugnante, señalando lo siguiente:
- Se tiene a la vista la planilla única de pagos de la impugnante en la cual se abona su remuneración de julio de 2021, así como el pago de aguinaldo.
 - Respecto a la Carta de Conclusión N° 0317-2021-DP-OD-ANC, el contenido de la misma no varía o enerva de modo algún los argumentos de la resolución impugnante.
 - Con relación a que se contrató a la impugnante por orden de servicio como tercero en el mes de enero, solo acredita que ha prestado servicios bajo otra modalidad contractual distinta y no es que se haya desnaturalizado su contrato.
 - No alcanza la protección de la Ley N° 24041, debido a que la impugnante no ha laborado en forma permanente e ininterrumpida por más de un año.

TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN

5. Al no encontrarse de acuerdo con lo resuelto por la Entidad, el 2 de febrero de 2022, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución Administrativa N° 0017-2022-DIRES-A“VGR”HZ/D.E./U.P, solicitando se declare fundado su recurso, así como se disponga el pago de indemnización por despido arbitrario, la desnaturalización de los contratos por terceros y modales, y el pago de los beneficios sociales más los intereses legales, por los siguientes argumentos:

- Mediante Resolución Directoral N° 0092-2019-DIRES-A-H-VRG-HZ/UP, del 19 de Febrero del 2019, la Entidad resolvió contratarla bajo la modalidad de contrato por reemplazo temporal a partir del 1 de febrero del 2019 para laborar en la plaza de obstetra y con el nivel equivalente al de INICIO-I para el servicio de obstetricia de la Entidad, habiendo laborado hasta el 31 de Julio del 2021, fecha en que fue despedida de manera arbitraria e incausada.
- Al haber celebrado el contrato mediante la modalidad de terceros, la Entidad ha incurrido en fraude en la contratación por lo cual al haber laborado nuevamente a partir del 1 de febrero del 2021 mediante la modalidad de reemplazo temporal, dichos contratos de trabajo son no válidos.
- Al haber laborado como tercero durante el mes de enero del 2021 quedaron desnaturalizados los contratos en la modalidad de reemplazo temporal para convertirse en contratos de trabajo de naturaleza permanente o en su defecto ser contratada y despedida únicamente por falta grave y dentro de un debido proceso, conforme al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276.

² Notificada a la impugnante el 18 de enero de 2022



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

- iv) Puso de conocimiento de la Entidad su estado de embarazo a fin de que se le asigne trabajo remoto; sin embargo, la Entidad dejó de renovar su contrato y además la despidió sin causa alguna ni dentro del debido procedimiento, produciéndose un despido nulo.
 - v) Reiteró su queja presentada ante la Defensoría del Pueblo.
 - vi) Habiendo laborado permanentemente como Obstetra en la Entidad, desde el 1 de febrero del 2019 hasta el 31 de Julio del 2021, la Entidad no le ha otorgado el descanso vacacional ni el pago de las remuneraciones.
 - vii) La entidad no se ha pronunciado sobre la desnaturalización de los contratos al haber suscrito contrato por tercero con órdenes de servicio.
 - viii) Ha laborado por más de dos (2) años continuos en una plaza permanente por lo que cumple con los requisitos que exige la Ley N° 24041, motivo por el cual los contratos suscritos han sido desnaturalizados y procede el pago de la indemnización por despido arbitrario.
 - ix) Está prohibida la contratación por servicios prestados o por terceros o servicios no personales o locación conforme a lo establecido en el Informe Técnico emitido por Servir.
6. Con Oficio N° 00228-2022-REGION ANCASH-DIRES-H"VRG"HZ/UP/D.E., la Entidad remitió al Tribunal del Servicio Civil, en adelante el Tribunal, el recurso de apelación presentado por la impugnante, así como los antecedentes que dieron origen al acto impugnado.
7. Mediante Oficios N° 002493 y 002494-2022-SERVIR/TSC, el Tribunal informó a la impugnante y a la Entidad, respectivamente, que el recurso de apelación había sido admitido.

ANÁLISIS

De la competencia del Tribunal del Servicio Civil

8. De conformidad con el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1023³, modificado por la Centésima Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley del

³ **Decreto Legislativo N° 1023 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos**
“Artículo 17°.- Tribunal del Servicio Civil

El Tribunal del Servicio Civil - el Tribunal, en lo sucesivo - es un órgano integrante de la Autoridad que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema.

El Tribunal es un órgano con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

Conoce recursos de apelación en materia de:

- a) Acceso al servicio civil;
- b) Pago de retribuciones;
- c) Evaluación y progresión en la carrera;



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013⁴, el Tribunal tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, en las materias: acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo; siendo la última instancia administrativa.

9. Asimismo, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico 23 de la Resolución de Sala Plena N° 001-2010-SERVIR/TSC⁵, precedente de observancia obligatoria sobre competencia temporal, el Tribunal es competente para conocer en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación que sean presentados ante las entidades a partir del 15 de enero de 2010, siempre y cuando, versen sobre las materias establecidas descritas en el numeral anterior.
10. Posteriormente, en el caso de las entidades del ámbito regional y local, el Tribunal asumió, inicialmente, competencia para conocer los recursos de apelación que correspondían solo a la materia de régimen disciplinario, en virtud a lo establecido en el artículo 90° de la Ley N° 30057 – Ley del Servicio Civil⁶, y el artículo 95° de su reglamento general, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM⁷; para

d) Régimen disciplinario; y,

e) Terminación de la relación de trabajo.

El Tribunal constituye última instancia administrativa. Sus resoluciones podrán ser impugnadas únicamente ante la Corte Superior a través de la acción contenciosa administrativa.

Por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, previa opinión favorable de la Autoridad, se aprobarán las normas de procedimiento del Tribunal”.

⁴ **Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013**

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

“CENTÉSIMA TERCERA.- Deróguese el literal b) del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos”.

⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de agosto de 2010.

⁶ **Ley N° 30057 – Ley del Servicio Civil**

“Artículo 90°.- La suspensión y la destitución

La suspensión sin goce de remuneraciones se aplica hasta por un máximo de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario previo procedimiento administrativo disciplinario. El número de días de suspensión es propuesto por el jefe inmediato y aprobado por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces, el cual puede modificar la sanción propuesta. La sanción se oficializa por resolución del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. La apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil.

La destitución se aplica previo proceso administrativo disciplinario por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. Es propuesta por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces y aprobada por el titular de la entidad pública, el cual puede modificar la sanción propuesta. Se oficializa por resolución del titular de la entidad pública. La apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil”.

⁷ **Reglamento de la Ley N° 30057, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM**

“Artículo 95°.- Competencia para el ejercicio de la potestad disciplinaria en segunda instancia

De conformidad con el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023, que crea la Autoridad del Servicio Civil, rectora del sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, la autoridad competente para conocer y resolver el recurso de apelación en materia disciplinaria es el Tribunal del Servicio Civil,

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Tribunal del Servicio Civil, aplicando lo dispuesto por el Art. 25° del D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 028-2010-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://lajo.servir.gob.pe/verificacion/> ingresando el código de verificación que aparece en la parte superior izquierda de este documento.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

aquellos recursos de apelación interpuestos a partir del 1 de julio de 2016, conforme al comunicado emitido por la Presidencia Ejecutiva de SERVIR y publicado en el Diario Oficial “El Peruano”⁸, en atención al acuerdo del Consejo Directivo del 16 de junio de 2016⁹.

11. Sin embargo, es preciso indicar que a través del Comunicado de SERVIR publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de junio de 2019, en atención a un nuevo acuerdo de su Consejo Directivo¹⁰, se publicó la ampliación de competencias del

con excepción del recurso de apelación contra la sanción de amonestación escrita, que es conocida por el jefe de recursos humanos, según el artículo 89 de la Ley.

La resolución de dicho tribunal pronunciándose sobre el recurso de apelación agota la vía administrativa”.

⁸ El 1 de julio de 2016.

⁹ **Decreto Legislativo Nº 1023 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos**
“Artículo 16º.- Funciones y atribuciones del Consejo Directivo

Son funciones y atribuciones del Consejo Directivo:

- a) Expedir normas a través de Resoluciones y Directivas de carácter general;
- b) Aprobar la política general de la institución;
- c) Aprobar la organización interna de la Autoridad, dentro de los límites que señala la ley y el Reglamento de Organización y Funciones;
- d) Emitir interpretaciones y opiniones vinculantes en las materias comprendidas en el ámbito del sistema;
- e) Nombrar y remover al gerente de la entidad y aprobar los nombramientos y remociones de los demás cargos directivos;
- f) Nombrar, previo concurso público, aceptar la renuncia y remover a los vocales del Tribunal del Servicio Civil;
- g) Aprobar la creación de Salas del Tribunal del Servicio Civil;
- h) Proponer el Texto Único de Procedimientos Administrativos;
- i) Supervisar la correcta ejecución técnica, administrativa, presupuestal y financiera de la institución;
- j) Disponer la intervención de las Oficinas de Recursos Humanos de las entidades públicas; y
- k) Las demás que se señalen en el Reglamento y otras normas de desarrollo del Sistema”.

¹⁰ **Decreto Legislativo Nº 1023 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1450**

“Artículo 16º.- Funciones y atribuciones del Consejo Directivo

Son funciones y atribuciones del Consejo Directivo:

- a) Expedir normas a través de Resoluciones y Directivas de carácter general y/o de alcance nacional;
- b) Aprobar las normas de desarrollo del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos;
- c) Aprobar la política general de SERVIR;
- d) Aprobar el Presupuesto Institucional, los Estados Financieros, el Balance General, el Plan Estratégico Institucional y el Plan Operativo Institucional;
- e) Aprobar la organización interna de SERVIR, el funcionamiento del Consejo Directivo y el desarrollo de las funciones de las gerencias y de órganos que se requieran para el ejercicio de sus funciones, dentro de los límites que señala la ley y el Reglamento de Organización y Funciones;
- f) Emitir interpretaciones y opiniones vinculantes en las materias comprendidas en el ámbito del sistema;

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Tribunal del Servicio Civil, aplicando lo dispuesto por el Art. 25° del D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 028-2010-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://lajo.servir.gob.pe/verificacion/> ingresando el código de verificación que aparece en la parte superior izquierda de este documento.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

Tribunal en el ámbito regional y local, correspondiéndole la atención de los recursos de apelación interpuestos a partir del lunes 1 de julio de 2019, derivados de actos administrativos emitidos por las entidades del ámbito regional y local, en lo que respecta al resto de materias: acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera, y terminación de la relación de trabajo; esto es, asumió la totalidad de su competencia a nivel nacional, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL			
2010	2011	Recursos de apelación interpuestos a partir del 1 de julio de 2016	Recursos de apelación interpuestos a partir del 1 de julio de 2019
PRIMERA SALA Gobierno Nacional (todas las materias)	AMBAS SALAS Gobierno Nacional (todas las materias)	AMBAS SALAS Gobierno Nacional (todas las materias) Gobierno Regional y Local (solo régimen disciplinario)	AMBAS SALAS Gobierno Nacional y Gobierno Regional y Local (todas las materias)

12. Por tal razón, al ser el Tribunal el único órgano que resuelve la segunda y última instancia administrativa en vía de apelación en las materias de acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo en los tres (3) niveles de gobierno (Nacional, Regional y Local), con la resolución del presente caso asume dicha competencia, pudiendo ser sus resoluciones impugnadas solamente ante el Poder Judicial.
13. En ese sentido, considerando que es deber de todo órgano decisor, en cautela del debido procedimiento, resolver la controversia puesta a su conocimiento según el mérito de lo actuado; y, habiéndose procedido a la admisión del recurso de apelación y valoración de los documentos y actuaciones que obran en el expediente, corresponde en esta etapa efectuar el análisis jurídico del recurso de apelación.

Sobre la pretensión de la impugnante

14. Conforme a lo expuesto en los antecedentes de la presente resolución, la impugnante está solicitando se disponga el pago de indemnización por despido

- g) Designar y remover, a propuesta del Presidente Ejecutivo de SERVIR, al Gerente General de SERVIR, en los términos que apruebe el Consejo, y aprobar las incorporaciones por concurso público y desvinculaciones de los demás Gerentes, Directores y Jefes;
- h) Aprobar la designación, previo concurso público, aceptar la renuncia y aprobar la remoción de los vocales del Tribunal del Servicio Civil;
- i) Aprobar la creación de Salas del Tribunal del Servicio Civil;
- j) Proponer el Texto Único de Procedimientos Administrativos;
- k) Supervisar la correcta ejecución técnica, administrativa, presupuestal y financiera de la institución;
- l) Disponer la intervención de las Oficinas de Recursos Humanos de las entidades públicas; y,
- m) Las demás que se señalen en el Reglamento y otras normas de desarrollo del Sistema.”

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Tribunal del Servicio Civil, aplicando lo dispuesto por el Art. 25° del D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 028-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://laja.servir.gob.pe/verificacion/> ingresando el código de verificación que aparece en la parte superior izquierda de este documento.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

arbitrario, la desnaturalización de los contratos por terceros y modales, y el pago de los beneficios sociales más los intereses legales, al haber suscrito con la Entidad contratos bajo la modalidad de contrato por reemplazo temporal, del Decreto Legislativo N° 276, para laborar en la plaza de obstetra. Asimismo, la impugnante señaló que sí cumple con los requisitos para estar amparada en la Ley N° 24041.

15. En ese sentido, este Tribunal procederá a analizar si el contrato por locación de servicios se habría desnaturalizado y si corresponden a la impugnante los derechos reconocidos a quienes se encuentran bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 276 así como la aplicación de la Ley N° 24041. Finalmente, se analizará si el cese de su contrato modal bajo el amparo del Decreto Legislativo N° 276 se encontraba motivado por su estado de gestación.
16. Pero, previamente debemos recordar que este Colegiado, como todo tribunal administrativo, está sujeto al principio de legalidad, según el cual, *“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”*. Por esta razón, como se desprende de la sentencia recaída en el expediente N° 04293-2012-PA/TC, este Tribunal, que forma parte del Poder Ejecutivo, no posee legitimidad para controlar la constitucionalidad de una ley, únicamente debe acatarla.
17. Por otro lado, es preciso indicar que al momento que se presentó la solicitud de fecha 27 de agosto de 2021, ya se encontraba publicada la Ley N° 31115 en el diario oficial “El Peruano” el 23 de enero de 2021, con la cual se restituyó la vigencia de la Ley N° 24041 en su Única Disposición Complementaria Final. Por ende, en el presente caso corresponde evaluar los efectos de la Ley N° 24041.

Sobre la contratación bajo Locación de Servicios o Servicios No Personales en la Administración Pública y la desnaturalización de dichos contratos

18. Al respecto, es preciso señalar que la contratación bajo esta modalidad dentro de la Administración Pública tiene sus orígenes más remotos en el Decreto Supremo N° 065-85-PCM, que aprobó el Reglamento Único de Adquisiciones y Suministro de Bienes y Servicios No Personales del Estado, el cual regulaba, entre otras cosas, la adquisición de Servicios No Personales a través de contratos de Locación de Servicios.
19. El citado reglamento definía por Servicios No Personales a toda *“actividad o trabajo que efectúa una persona natural o jurídica ajena al organismo público que desea adquirir, a cambio de una retribución económica, para atender una necesidad intangible. Se orienta a la producción, construcción, habilitación, funcionamiento,*



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

orientación, conservación, preservación u otros; se mide en y por sus efectos o resultados”.

20. En relación al contrato de Locación de Servicios, el artículo 1764º del Código Civil señala que: *“por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.*
21. Por su parte, el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante la Resolución Directoral Nº 007-99-EF-76.01, definió el citado contrato de la siguiente manera: *“Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, sin que medie vínculo laboral. En el Sector Público dicho contrato se denomina Contrato de Servicios No Personales”.*
22. Nótese que en estas definiciones se precisa que el prestador de servicios no se encuentra subordinado al comitente, en este caso la Entidad, pues dicho contrato se caracteriza por la autonomía que ostenta el prestador de servicios, y es que de recibir órdenes, estar sujeto a control o a alguna otra manifestación de sujeción al comitente, se estaría frente a una relación de naturaleza laboral, la cual se caracteriza por el elemento subordinación.
23. Cabe indicar que *“(…) la subordinación (…) constituye un vínculo jurídico, del cual se derivan derecho y una obligación: el derecho del acreedor de la energía de trabajo de dictar al deudor los lineamientos, instrucciones u órdenes que estime convenientes para la obtención de los fines o el provecho que espera lograr con la actividad de quien trabaja (facultad de mando); y la obligación de este último de acatar esas disposiciones en la prestación de su actividad (deber de obediencia), las cuales constituyen una unidad indesligable (…) la subordinación consiste en el derecho del acreedor de disponer de la actividad o energía de trabajo del deudor para la consecución de los fines o provecho que con su aplicación espera lograr. Acatar las manifestaciones concretas de dicho derecho de la ejecución de la prestación”¹¹.* De esta manera, la existencia de subordinación determinaría que la contratación civil (locación de servicios) esté siendo utilizada fraudulentamente para pretender generar convicción de una realidad no concurrente, al encubrir un vínculo de naturaleza laboral.
24. En el presente caso, de los documentos que obran en los actuados administrativos, entre ellos, el Informe Escalafonario Nº 186, del 27 de septiembre de 2021, la Orden de Servicio Nº 395, y la Resolución Directoral Nº 0366-2021-DIRESA-A-

¹¹SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de Locación de Servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*. Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1988, pp. 293-294.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

H“VRG”HZ/UP, del 28 de septiembre de 2021, se aprecia que la prestación de servicios por parte de la impugnante se ha realizado de manera continuada desde el 1 de febrero de 2019 al 31 de diciembre de 2021, siendo el caso que la mayor parte de sus servicios se prestaron bajo la modalidad de contratación temporal bajo el amparo del Decreto Legislativo N° 276, salvo por el periodo comprendido del 1 al 31 de enero de 2021, periodo en el que se prestó el “servicio especializado de obstetricia” bajo contrato de locación de servicios.

En ese sentido, no es ajeno a este Tribunal el hecho de que la labor por la que fue contratada la impugnante bajo contrato de locación de servicios es la misma labor por la que fue contratada mediante contrato temporal bajo el Decreto Legislativo N° 276, lo que permite inferir que era una labor permanente y no autónoma o subordinada.

25. Por lo tanto, puede colegirse que los contratos de locación de servicios suscritos entre la impugnante y la Entidad no se ajustarían a las normas que regularon la contratación de Servicios No Personales.

Sobre las reglas de acceso a la administración pública

26. Ahora, si bien la vinculación de naturaleza civil entre la impugnante y la Entidad podría haberse desnaturalizado, corresponde establecer si ello motivaría su incorporación a la carrera administrativa.
27. Al respecto, debemos señalar que el artículo 40º de la Constitución Política del Perú señala que: *“La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”*.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC (Caso Huatuco Huatuco), que: *“el artículo 40º de la Constitución reconoce la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador. (Exp. N° 00008-2005-PUTC FJ 44)”*.

28. En esa línea, la Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público, aplicable a todas las personas que prestan servicios remunerados bajo subordinación para el Estado, establece en su artículo 5º que *“El acceso al empleo público se realiza mediante*



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades”.

29. Por su parte, el artículo 12º del Decreto Legislativo N° 276 establece como un requisito para el ingreso a la carrera Administrativa: *“Presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión”*; mientras que el artículo 28º del Reglamento dicha ley señala que *“el ingreso a la Administración Pública en la condición de servidor de carrera o de servidor contratado para labores de naturaleza permanente se efectúa obligatoriamente mediante concurso. La incorporación a la Carrera Administrativa será por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual postuló. Es nulo todo acto administrativo que contravenga la presente disposición”*.

A su vez, el artículo 32º del referido Reglamento señala que: *“El ganador del concurso de ingreso es incorporado a la Administración Pública mediante resolución de nombramiento o contrato, en la que además se expresa el respectivo puesto de trabajo”*.

30. De modo tal que el ingreso a la administración pública bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 276, ya sea como servidor de carrera (nombrado) o servidor contratado por servicios personales para labores de naturaleza permanente (contrato), se produce siempre a través de concurso público. Aunque, en estricto, sólo se encontrará dentro de la Carrera Administrativa el personal que haya ingresado a la administración pública con nombramiento; pues de acuerdo al artículo 2º del Decreto Legislativo N° 276, los servidores contratados por servicios personales no están comprendidos en la Carrera Administrativa, pero sí en las disposiciones de la referida ley en lo que les sea aplicable.

31. Cabe agregar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC, cuyas interpretaciones contenidas en ella son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales, afirmó en los fundamentos 27 y 30 que:

“En el caso del Decreto Legislativo N° 276, que promulga la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, se advierte –efectos de la presente sentencia–, que el ingreso a la carrera pública está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos (artículo 12º), tales como ser ciudadano en ejercicio; acreditar buena conducta y salud; reunir los requisitos propios del respectivo grupo ocupacional; aprobar el concurso de admisión; así como los demás que señale la ley.

Además, el ingreso a la Carrera Administrativa debe hacerse por el nivel inicial de cada grupo ocupacional, siendo necesario para ello la existencia de vacantes



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

presupuestadas, pues de otro modo no podría entenderse lo expuesto en el artículo 13º cuando se dispone que “Las vacantes se establecen en el presupuesto de cada entidad”.

(...)

*De todo lo expuesto, se puede extraer, como **segunda conclusión**, que para ingresar al sector público, tanto en el régimen laboral público como en el privado, resulta necesario no solo la existencia de una plaza vacante, que debe encontrarse previamente presupuestada, sino además que no exista impedimento para que aquella sea cubierta a través del mecanismo idóneo para tal efecto”.*

32. Igualmente, en la sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC (Caso Huatuco Huatuco), el Tribunal Constitucional ha precisado que:

“El Tribunal Constitucional ha puntualizado que los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso (Expediente N.º 00025-2005-PUTC y otro, FJ 43). Asimismo, ha determinado que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas (FJ 50).

Teniendo en cuenta lo expuesto acerca de los mencionados contenidos de relevancia constitucional sobre funcionarios y servidores públicos, específicamente que el aspecto relevante para identificar a un funcionario o servidor público es el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado; a que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional; la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos; que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito; y que, conforme a sus competencias y a los mencionados contenidos constitucionales, el Poder Legislativo ha expedido la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5º establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes y justificadas razones para asumir que el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

10. En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública,



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

estableciendo que ésta constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.º 00020-2012- PI/TC FJ 56)”.

- 33. Por lo que puede inferirse que el Tribunal Constitucional, haciendo un desarrollo de lo establecido en los artículos 12º y 13º del Decreto Legislativo Nº 276 y el artículo 5º de la Ley 28175, considera que el acceso a la función pública se rige por el principio del mérito, por lo que el ingreso a la administración pública se debe realizar mediante concurso público abierto a una plaza previamente presupuestada.
- 34. En ese contexto, de los documentos que obran en el expediente administrativo se puede corroborar que la impugnante nunca se ha sometido a un concurso público abierto para ingresar a prestar servicios a la administración pública en alguna plaza presupuestada bajo cualquiera de las dos (2) modalidades antes descritas (nombramiento o contrato por servicios personales para labores de naturaleza permanente).

Sobre el particular, la Sala considera que de lo obrante en los actuados administrativos solo se advierte que la impugnante ingreso a la laborar en la Entidad bajo la modalidad de Contrato por Reemplazo Temporal bajo el Decreto Legislativo Nº 276 aprobado por Resolución Directoral Nº 0092-2019-DIRES-A-H“VRG”HZ/UP, sin que se verifique su ingreso por concurso público a una plaza para labores de naturaleza permanente. Por lo tanto, la impugnante no cumple uno de los requisitos indispensables para incorporarse a la Carrera Administrativa o, cuando menos, encontrarse dentro de los alcances del Decreto Legislativo Nº 276.

- 35. Consecuentemente, en aplicación del principio de legalidad, aun cuando se pueda verificar la desnaturalización del contrato por locación de servicio suscritos entre la Entidad y la impugnante entre el 1 al 31 de enero de 2021; este Tribunal no puede disponer su inclusión dentro de los alcances del Decreto Legislativo Nº 276. Disponer lo contrario sería contravenir las normas antes descritas, lo cual es sancionado con nulidad por el artículo 28º del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276 y el artículo 9º de la Ley Nº 28175. Este último sanciona con nulidad cualquier ingreso a la administración pública sin concurso previo, al señalar que: *“la inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida. Es nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita”.*
- 36. En lo que respecta a la aplicación de la Ley Nº 24041, del artículo 1º de dicha ley se aprecia que ésta es de alcance únicamente para los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente que tengan más de un (1) año

[Handwritten signature]



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

ininterrumpido de servicios; salvo en el caso de aquellos trabajadores contratados para:

- (i) Trabajos para obra determinada.
- (ii) Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, cuando sean de duración indeterminable.
- (iii) Labores eventuales accidentales de corta duración.
- (iv) Funciones políticas o de confianza.

37. Sin embargo, como se ha señalado en los párrafos precedentes, la impugnante no ha ingresado a prestar servicios para la Entidad bajo la modalidad de contrato por servicios personales para labores de naturaleza permanente regulada en el Decreto Legislativo N° 276; por lo que al no haberse sometido a concurso público para acceder a una plaza presupuestada en dicha condición, tampoco se encontraría dentro de los alcances de la Ley N° 24041.

38. En consecuencia, esta Sala considera que, aun cuando se pueda hipotéticamente probar la desnaturalización del contrato de locación de servicios suscrito con la impugnante por el periodo solicitado; no es posible que en esta instancia administrativa se disponga su incorporación bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 276, por lo que el recurso de apelación sometido a análisis debe ser declarado infundado.

Sobre la protección de las trabajadoras gestantes

39. El artículo 23° de la Constitución Política del Perú reconoce que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual debe establecer una protección especial, entre otros, para la madre trabajadora.

40. El Tribunal Constitucional ha precisado en el fundamento 15 de la sentencia emitida en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC que este deber *“se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas)”*.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

41. Para la realización de esta obligación, se promulgó la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, en cuyo artículo 6º¹² se estableció la prohibición de despedir o no renovar el contrato de trabajo por motivos vinculados con el embarazo o lactancia de las trabajadoras, en concordancia con lo previsto en el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.
42. No obstante, lo anterior no debe ser visto como una regla inexorable, pues se entiende que el despido o la no renovación estará prohibida cuando no medien causas objetivas o razonables para su materialización. Es por ello que el artículo 12º del Reglamento de Ley N° 30709, aprobado con Decreto Supremo N° 002-2018-TR, establece que: *“No se considera una práctica contraria a la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley la no renovación del contrato de trabajo sujeto a modalidad o a plazo fijo en los casos en los cuales desaparezca la causa que justificó la contratación temporal”*.
43. Desde esta perspectiva, avocándonos a los casos de no renovación de contrato, debe entenderse que el empleador tiene la obligación de acreditar que dicha decisión no fue adoptada por el embarazo de la trabajadora o sus consecuencias, sino más bien, por la desaparición de la causa que justificó la contratación temporal. En tanto la necesidad que motivó la contratación persista en el tiempo, el empleador se encuentra proscrito de desvincular a la trabajadora por no renovación de su contrato, si se encuentra en la etapa de gestación o lactancia, en la medida que constituye una forma de discriminación que merece una tutela especial por parte del Estado.
44. Esta regla guarda congruencia con lo señalado en el artículo 8º del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, que prohíbe el despido de la trabajadora embarazada o que se encuentre de licencia por maternidad, *“excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia”*, agregando que *“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”*. E igualmente, guarda concordancia con el artículo 9º del mismo convenio, que señala *“Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”*.

¹² Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres

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

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



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

45. Además, existen una serie de convenios, declaraciones y documentos internacionales que ratifican la necesidad de proteger a la mujer en etapa de gestación o lactancia, como son los siguientes:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

- Artículo 2º: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni alguna otra.
- Artículo 6º: Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella
- Artículo 7º: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales

Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948)

- Artículo 2º: Toda persona goza de todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
- Artículo 25º: La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (12 de noviembre de 1969)

- Artículo 1º: Obligación de respetar los derechos.
 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19 de diciembre de 1966)

- Artículo 3º: Los Estados parte se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en este Pacto

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (19 de diciembre de 1966)

- Artículo 2º: Cada uno de los Estados partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra

[Handwritten signature]

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Tribunal del Servicio Civil, aplicando lo dispuesto por el Art. 25º del D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 028-2010-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://laja.servir.gob.pe/verificacion/> ingresando el código de verificación que aparece en la parte superior izquierda de este documento.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (18 de diciembre de 1979)

- Artículo 5º: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:
 - (...)
 - b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.
- Artículo 11º:
 - 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:
 - a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
 - b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.
 - (...)
 - 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
 - a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
 - (...)
 - d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Declaración Sociolaboral del Mercosur (10 de diciembre de 1998)

- Artículo 1: No discriminación.
 - 1. Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.
 - 2. Los Estados partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

- Artículo 3º: Los Estados partes se comprometen a garantizar, a través de la normativa y prácticas laborales, la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

46. En esa línea, existe una amplia preocupación desde la perspectiva del derecho internacional y los derechos humanos, por la erradicación de toda forma de discriminación, con especial énfasis de aquella que se materializa contra la mujer en etapa de gestación y lactancia.

47. En nuestro país, el artículo 2º de la Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, ha reconocido una serie de principios rectores que no se limitan a la interpretación y aplicación de la citada Ley, sino que se hacen extensivos a *“Toda medida que adopte el Estado a través de sus poderes públicos e institucionales, así como en la acción de la sociedad”*. Así, uno de estos principios es el de *“igualdad y no discriminación”* que prohíbe *“toda forma de discriminación. Entiéndese por discriminación, cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas”*.

48. Este principio compromete a todos los poderes públicos para que, en el seno de su organización y en el ejercicio de sus funciones, adopten las medidas necesarias y suficientes para erradicar los tratos discriminatorios, especialmente contra la mujer, al constituirse esta como una forma de discriminación por sexo que incluso, en el marco del artículo 5º de la mencionada Ley Nº 30364, constituye una forma de violencia contra la mujer¹³.

49. El compromiso se adopta teniendo en cuenta que falta de plenitud en el desarrollo de la vida económica y pública, lo que redundaría en la falta de oportunidades en el empleo. Esta situación de desfavorecimiento a la mujer constituye una circunstancia histórica que ha sido estadísticamente constatada por el Ministerio de

[Handwritten signature]

¹³**Ley Nº 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar**

“Artículo 5º.- Definición de violencia contra las mujeres

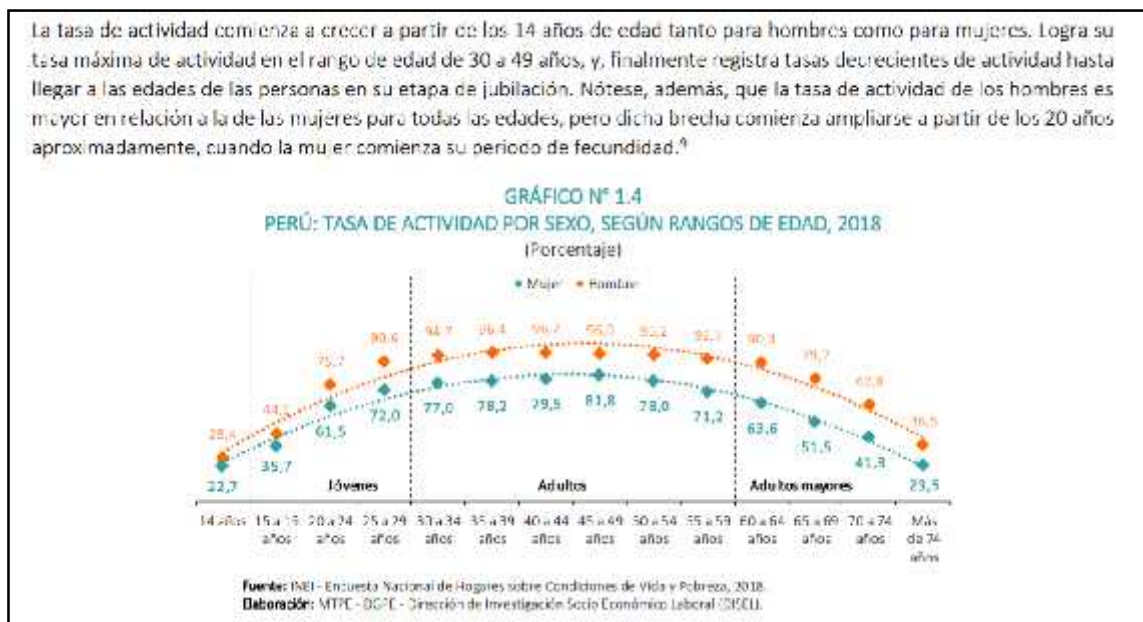
La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se entiende por violencia contra las mujeres:

- A. La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.
- B. La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.
- C. La que sea perpetrada o tolerada por los agentes del estado, donde quiera que ocurra”.

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

Trabajo y Promoción del Empleo en el documento denominado “Informe anual de la mujer en el mercado laboral” de 2018¹⁴, de donde se puede observar que la tasa de desempleo, subempleo y empleo en situación de riesgo ha sido mayor para las mujeres que para los hombres, durante el periodo de 2008 al 2018. Llama la atención de esta estadística que **la tasa de actividad por sexo es relevantemente menor y con tendencia a la baja, cuando las mujeres se encuentran en situación de fecundidad**, como lo ha reconocido el citado informe:



50. En la nota al pie 9, el citado informe recoge una entrevista a Hugo Ñopo, economista investigador, quien precisó que los hombres y las mujeres participan de los mercados de trabajo con las mismas tasas y aproximadamente con los mismos salarios, sin embargo, **cuando empiezan los periodos de fecundidad, las mujeres deben salir tempranamente de los mercados de trabajo para luego volver a insertarse, situación que es vista como una “penalidad por la maternidad” lo que conlleva a que las mujeres bajen sus salarios y pierdan la posibilidad de acumulación de experiencia profesional.**
51. Evidentemente, **si a esta realidad le sumamos una desprotección jurídica y pragmática, las brechas entre hombres y mujeres, tanto en el acceso como en la permanencia del empleo, terminarán por agudizar la discriminación que sufren las mujeres durante el periodo de fecundidad, con especial énfasis durante la etapa de gestación y lactancia.**

¹⁴ Disponible en:

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/471959/Informe_Anual_de_la_Mujer_2018.pdf



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

52. Por eso compartimos la afirmación de Susana Treviño cuando precisa que *“Las mujeres deben luchar por conciliar las tareas fuera del hogar con sus papeles tradicionales. No pueden participar plenamente en la vida económica y pública, y tienen un acceso limitado a las posiciones de influencia y poder, con opciones más estrechas en cuanto a su ocupación, y obteniendo ingresos notoriamente inferiores que los hombres. Esas faltas de equidad deben ser subsanadas para que las mujeres puedan ejercer sus derechos y para posibilitar que los países avancen hacia un desarrollo sostenible”*¹⁵.
53. Por lo tanto, las mujeres, principalmente en estado de gestación o lactancia, son titulares de una protección especial desde los tratados y convenios internacionales, nuestra constitución y la ley, que nos obliga, como parte de los poderes públicos, a adoptar posturas orientadas a la erradicación de tratos discriminatorios por sexo o por su situación de gravidez, al constituirse esta como una forma violencia contra la mujer.
54. Respecto a la no renovación de los contratos administrativos de servicios de las servidoras en estado de gestación o lactancia, la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil ha considerado en el Informe Técnico N° 350-2019-SERVIR/GPGSC que la protección establecida en la Ley N° 30709 es aplicable a este régimen especial, concluyendo que:

“3.3 El artículo 6º de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, prohibió que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia.

3.4 la renovación contractual dependerá de la necesidad que mantenga la entidad con respecto a la prestación de servicios, caso contrario, se deberá cumplir con el plazo de vigencia del contrato, lo cual no implicará un trato discriminatorio si la servidora se encuentra en estado de gestación o en periodo de lactancia, salvo que demuestre que la causa de no renovación del contrato se debió al estado de gestación o por encontrarse en periodo de lactancia”.

Esta postura también fue asumida en los Informes Técnicos N^{os}. 686-2018-SERVIR/GPGSC; 258-2018-SERVIR/GPGSC; 551-2018-SERVIR/GPGSC, entre otros.

55. El Tribunal Constitucional no es ajeno a esta lectura, dado que en la sentencia en pleno 1135/2020, emitida en el expediente N° 04795-2017-PA/TC, del 6 de noviembre de 2020, dispuso la reposición de una trabajadora sujeta al régimen del Decreto Legislativo N° 1057, tras constatar que la decisión de no renovación de su contrato administrativo de servicios fue adoptada como consecuencia de su

¹⁵TREVIÑO GHIOLDI, Susana. Discriminación por maternidad en el empleo y acoso sexual. En: Revista Latinoamericana de Derecho Social, Núm. 4, enero-junio de 2007, p. 185



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

embarazo, aspecto que también resulta atendible en el presente caso. En aquella ocasión señaló que:

- “22. A partir de todo lo anterior, se debe afirmar que el despido debido al estado de gravidez constituye una forma de discriminación contra la mujer, que, a su vez, guarda conexión con el derecho al trabajo, en tanto el despido de la trabajadora obedeció a su estado de gestación.
- 23. En consecuencia, queda claro que las mujeres embarazadas, en tanto se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, merecen una protección especial por parte del Estado, de tal forma que sus derechos en el ámbito laboral no se vean vulnerados, al margen del régimen laboral en el que se encuentren.
- 24. Ello tiene como consecuencia que, aún en el supuesto de que la trabajadora se encuentra en el régimen especial CAS, será nulo el despido o la no renovación de su contrato, siempre que se demuestre que la conclusión del vínculo laboral, en último término, se encuentra relacionada directamente con el estado de embarazo de la trabajadora”.

56. De todo lo anterior concluimos que, desde la vigencia de la Ley N° Ley N° 30709, cuando nos encontramos ante un caso de no renovación de un contrato administrativo de servicios de una servidora gestante o lactante, resulta aplicable la protección dentro del marco de los tratados y convenios internacionales, nuestra Constitución Política y las leyes especiales. En ese sentido, para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de no renovación del contrato administrativo de servicios, deben seguirse las siguientes reglas:

- La Entidad debe acreditar que la necesidad institucional que motivó la contratación de la impugnante ha desaparecido.
- Si no se cumple con ello, se entenderá que la decisión de no renovación constituye un acto discriminatorio y, por tanto, el recurso de apelación será declarado fundado.
- Si por el contrario, la Entidad cumple acreditar la desaparición de la necesidad institucional, la servidora deberá acreditar que la decisión de no renovación fue adoptada por su condición de gestante o lactante. Solo en este supuesto el recurso de apelación será declarado fundado.

57. El efecto de declarar fundado el recurso de apelación implicará que la servidora apelante sea repuesta en su puesto de trabajo y se disponga la renovación de su contrato hasta que: (i) desaparezca la necesidad institucional que motivó su contratación; o, (ii) venza su contratado una vez superada la condición de madre gestante o lactante.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

Sobre la no renovación del contrato por reemplazo temporal bajo el Decreto Legislativo N° 276

58. Conforme lo indicado en la Resolución Administrativa N° 02797-2021-DIRES-A-H“VRG”HZ/D.E./U.P., del 20 de octubre de 2021, emitido por la la Jefatura de la Unidad de Personal de la Entidad, se indica que la decisión de no renovar el contrato temporal de la impugnante se debió a lo siguiente:

“(…), se debe informar que en el mes de julio [de 2021] se ha dado termino a 6 obstetricas del Área CAS COVID por cuanto la necesidad institucional ha desaparecido al haber bajado los requerimientos de atención de pacientes en el servicio Gineco-Obstetricia, conforme se tiene de los documentos remitidos por el Coordinador de CAS COVID, lo que ha dado lugar al cese de los servidores Obstetras, estando dentro de esta no renovación el caso de la administrada, a la cual no se le ha renovado su contrato a partir del 01/08/2021 por haber desaparecido la necesidad de seguir contratándola al no haber flujo de pacientes en el área donde venía laborando. Conforme se tiene del Oficio N° 579-2021-GRA-DIRES-A-HZ-H“VRG”HZ/COOR.COVID-19 que se adjunta”.

59. Por su parte, con Oficio N° 579-2021-GRA-DIRES-A-HZ-H“VRG”HZ/.COOR COVID-19, del 13 de julio de 2021, emitida por la Coordinación del Comité COVID-19 de la Entidad, se tomó la decisión de no renovar el contrato CAS COVID de cinco (5) profesionales obstetras, las señoras de iniciales Z.M.R.S., D.S.M.Y., L.B.I.Z., D.B.F.G., M.L.B.L. y H.R.A.A., no incluyéndose en dicha relación a la impugnante.

60. Sobre el particular, este Tribunal advierte que la impugnante no se encontraba dentro de la relación de profesionales contratados bajo CAS COVID que no iban a continuar prestando servicio en la Entidad, sino que había suscrito un contrato temporal bajo el amparo del Decreto Legislativo N° 276, por lo que la desaparición de la necesidad institucional respecto a su contratación no se encontraba plenamente justificada.

61. En ese sentido, la Entidad no acredita que la necesidad institucional que justificaba la contratación de la impugnante había desaparecido antes del cese, es decir, no se advierte del Oficio N° 579-2021-GRA-DIRES-A-HZ-H“VRG”HZ/.COOR COVID-19, del 13 de julio de 2021, u otro documento anterior al 31 de julio de 2021, que la Entidad haya justificado suficientemente la desaparición de la necesidad institucional que motivó la contratación de la impugnante.

62. Si bien con posterioridad, con la emisión de la Resolución Administrativa N° 02797-2021-DIRES-A-H“VRG”HZ/D.E./U.P., se indica que la necesidad institucional había desaparecido al disminuir el flujo de pacientes de este servicio, no puede perderse



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

de vista que no se ha acreditado objetivamente este hecho, siendo una alegación que no sustentó el cese de la impugnante, máxime si no se plasmó en otros documentos emitidos antes del cese de la recurrente.

- 63. Por otro lado, de los actuados administrativos, se advierte que con fecha 22 de julio de 2021, la impugnante solicitó a la Entidad que emita respuesta inmediata a su pedido de licencia por factor de riesgo del 7 de julio de 2021, situación que evidencia que la Entidad tenía conocimiento del estado de gestación de la impugnante antes de tomar la decisión de renovar su contrato temporal bajo el amparo del Decreto Legislativo N° 276.
- 64. Finalmente, este Tribunal no puede obviar lo indicado por la Jefatura de la Oficina Defensorial de Ancash de la Defensoría del Pueblo en la Carta de Conclusión N° 0317-2021-DP/OD-ANC, del 18 de octubre de 2021, en la cual la Jefatura de Personal de la Entidad sostuvo que no tenían la posibilidad de otorgar licencia o trabajo remoto a la impugnante, por lo que no se le podía renovar el contrato. Al respecto, y considerando lo expuesto anteriormente, resulta evidente que la decisión de la Entidad de no renovar el vínculo de la impugnante se debió a su imposibilidad para prestar servicio presencial como consecuencia de su estado de gestación.
- 65. En efecto, por lo expuesto por la propia Entidad en la Carta de Conclusión N° 0317-2021-DP/OD-ANC, si la impugnante no se encontraba en estado de gestación, la Entidad no habría tenido razón para no renovar su vínculo dado que fue precisamente ese estado de gravidez el que generó que no pueda realizar trabajo presencial, advirtiéndose una directa relación de causalidad entre la no renovación del contrato y el estado gestación de la impugnante.
- 66. Por lo tanto, se aprecia que no se justificó fehaciente la desaparición de la necesidad institucional, siendo necesario que la impugnante siga prestando servicios. Lo que ocurrió fue que dicha necesidad no podía ser cubierta completamente por la impugnante, precisamente por encontrarse en estado de gestación, en ese contexto, se debía aplicar las disposiciones establecidas en la Ley N° 28048, modificada por la Ley N° 31051, que obligaron a la Entidad a otorgarle trabajo remoto o una licencia con goce¹⁶. Asimismo, nótese que el artículo 6° de la Ley N°

[Handwritten signature]

¹⁶ **Ley 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, modificada por la Ley N° 31051**

“Artículo 1°.- Objeto de la Ley

En los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, el cual debe estar certificado por el médico tratante.

El empleador después de tomar conocimiento de lo solicitado asignará a la mujer gestante labores que no pongan en riesgo la salud y/o desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, sin afectar sus derechos laborales.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

30709 y el artículo 12º de su Reglamento, no establecen que una causa válida para la aplicación del vencimiento del contrato administrativo de servicios de una servidora gestante, sea la imposibilidad de prestar un servicio que cubra la necesidad institucional de forma habitual pues, precisamente, estas disposiciones buscan darle una protección especial a las servidoras gestantes y lactantes, teniendo en cuenta que su fuerza laborativa puede verse reducida por su condición.

67. Desde esta perspectiva, si estas normas tienen por objeto materializar una real igualdad entre varones y mujeres (incluso entre las mismas personas del sexo femenino que no se encuentren en un estado de gravidez), y con ello evitar situaciones de discriminación, la protección especial que es aplicable a las servidoras gestantes y lactantes debe ser desplegada aún siendo conscientes que su fuerza laboral no será la misma que la desarrollada cuando no se encontraban en ese estado de gravidez. Pensar lo contrario, y justificar la no renovación por el hecho de que la servidora no pueda cubrir las necesidades institucionales de la misma forma que si no estuviera en estado de gestación o lactancia, implicaría vaciar el contenido, no solo de las disposiciones previstas en la Ley N° 30709 y su reglamento, sino también a la protección especial que se desprende de nuestra Constitución y los tratados y convenios internacionales.

68. Dicho sea de paso, la decisión de no renovar el contrato de la servidora constituye también una forma de eludir las obligaciones que provienen de las normas que establecen tutelas especiales, tal como es la que se encuentra prevista en la Ley N° 28048, modificada por la Ley N° 31051.

69. En vista de lo expuesto, evaluando las reglas transcritas en el numeral 56 de la presente resolución, corresponde declarar fundado el recurso de apelación sometido a análisis, teniendo en cuenta que:

- La Entidad no acreditó que la necesidad institucional que motivó la contratación de la impugnante ha desaparecido.
- Además, se ha acreditado que la decisión de no renovación fue adoptada por la condición de servidora gestante de la impugnante, configurándose un acto de discriminación en su contra.

70. Finalmente, al encontrarse plenamente establecido que la decisión de no renovar

Durante la vigencia del estado de emergencia nacional de carácter sanitario declarada por el Estado, el empleador identifica a las trabajadoras mujeres gestantes y madres lactantes cuya integridad o la de su menor hijo/a son puestas en riesgo por las circunstancias que propiciaron el estado de excepción decretado, a efectos de aplicar de forma obligatoria el trabajo remoto para el cumplimiento de sus actividades laborales.

Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la emergencia sanitaria, el empleador asigna a las mujeres gestantes y madres lactantes labores compatibles con las funciones que originalmente realizaban, o en su defecto otorga preferentemente licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior”.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

el contrato laboral de la impugnante se debió a su estado de gestación, corresponde que la Entidad restituya la situación jurídica de la impugnante al momento previo a su cese.

Sobre el pedido de pago por indemnización y beneficios sociales solicitado por la impugnante

- 71. Sin perjuicio de lo antes expuesto, cabe mencionar que la impugnante solicitó se ordene el pago por indemnización y de los beneficios sociales dejados de percibir; es decir, que su petitorio, en dicho extremo, corresponde a la materia de pago de retribuciones.
- 72. Al respecto, en atención a lo dispuesto en la Centésima Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, referida en el numeral 6 de la presente resolución, y en estricto cumplimiento de lo establecido en la Directiva aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 072-2013-SERVIR-PE¹⁷, este Tribunal no es competente para pronunciarse sobre los petitorios relacionados a la materia de pago de retribuciones, por lo que no resulta pertinente emitir pronunciamiento sobre la pretensión de la impugnante en dicho extremo.

¹⁷Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 072-2013-SERVIR-PE – Directiva que establece el procedimiento que desarrolla la Centésima Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, que deroga la competencia del Tribunal del Servicio Civil en materia de pago de retribuciones. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de abril de 2013.

“Artículo 5º.- Procedimiento general de resolución de los recursos de apelación sobre pago de retribuciones

Las entidades públicas deberán establecer un procedimiento administrativo que les permita resolver los recursos de apelación presentados por los administrados en materia de pago de retribuciones. Las características del procedimiento se ajustarán a las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los Decretos Legislativos N° 276, 728 y 1057, y sus modificatorias, así como en sus respectivos Reglamentos Internos de Trabajo o Directivas internas, según corresponda”.

“Artículo 6º Opciones de los recurrentes

Una vez vigente la presente Directiva, los recurrentes podrán optar por una de las siguientes posibilidades:

- a) Acogerse al silencio administrativo negativo por falta de pronunciamiento del TSC, y recurrir ante el Poder Judicial a través de la acción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 188.3 y 188.5 del artículo 188º de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General y el numeral 3 del artículo 19º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.
- b) Continuar el procedimiento sobre pago de retribuciones ante la Entidad de origen, para que dicha entidad se pronuncie en última y definitiva instancia conforme al procedimiento indicado en el artículo 5º de la presente Directiva.
- c) Dar por concluido el procedimiento administrativo sobre pago de retribuciones con la decisión de primera instancia. Para estos efectos, comunicará a la entidad de origen que se desiste del recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 190º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Tribunal del Servicio Civil, aplicando lo dispuesto por el Art. 25º del D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 028-2010-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://lajo.servir.gob.pe/verificacion/> ingresando el código de verificación que aparece en la parte superior izquierda de este documento.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

En ejercicio de las facultades previstas en el artículo 17º del Decreto Legislativo N° 1023, la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil;

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la señora LUZ VIOLETA HUERTA GARRIDO contra la Resolución Administrativa N° 0017-2022-DIRES-A“VGR”HZ/D.E./U.P, del 18 de enero de 2022, emitida por la Jefatura de la Unidad de Personal del HOSPITAL "VÍCTOR RAMOS GUARDIA"; al trasgredir la protección especial de las servidoras gestantes reconocido en los tratados y convenio internacionales, la Constitución Política del Perú, la Ley N° 30709 y su Reglamento; por lo que se REVOCA la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Declarar IMPROCEDENTE el recurso de apelación, en los extremos en que se solicita el pago de indemnización y de los beneficios sociales dejados de percibir durante el tiempo que laboró la impugnante, dado que el Tribunal del Servicio Civil no es competente para conocer los mismos.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a la señora LUZ VIOLETA HUERTA GARRIDO y al HOSPITAL "VÍCTOR RAMOS GUARDIA", para su cumplimiento y fines pertinentes.

CUARTO.- Devolver el expediente al HOSPITAL "VÍCTOR RAMOS GUARDIA".

QUINTO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal del Servicio Civil constituye última instancia administrativa.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.servir.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.


CESAR EFRAIN
ABANTO REVILLA
VOCAL


ORLANDO DE LAS CASAS
DE LA TORRE UGARTE
PRESIDENTE


ROLANDO
SALVATIERRA COMBINA
VOCAL

P6