



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 empleada 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 gravedad, 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 gravedad.
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 autos¹, 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.

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



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 realizadas². Además, de los turnos de servicio programados por la demandada³, 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 servicios⁴.
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 demandante⁵, 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 contratación⁶, 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

² Ver informes de fojas 204, 214, 220, 267 y 275.

³ Cfr. fojas 215, 216, 221, 222, 268, 269 y 276.

⁴ Cfr. fojas 14 a 19.

⁵ Ver fojas 258, vuelta.

⁶ 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 embarazo⁷; b) copia legalizada del carnet de control materno perinatal correspondiente a la patrocinada, expedido por EsSalud⁸; 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 demandante⁹; 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 Dios¹⁰. 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 demanda¹¹, 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 gestación¹².
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 maternidad¹³, el cual es aplicable como norma de derecho nacional¹⁴. 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

⁷ 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.

⁸ Ver fojas 6 y 7.

⁹ Cfr. fojas 40.

¹⁰ Cfr. fojas 27.

¹¹ Ver fojas 317.

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

¹³ El 9 de mayo de 2016.

¹⁴ Artículo 55 de la Constitución.



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”¹⁵.

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)¹⁶.
 - 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 indeterminada¹⁷.
 - 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 administración¹⁸.
 - 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

¹⁵ Convenio 183 OIT, artículo 8.

¹⁶ Fundamento 25.

¹⁷ Fundamento 19.

¹⁸ 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”¹⁹.
17. Por otro lado, las leyes son de obligatorio cumplimiento²⁰, y entre los principios que rigen la Ley Marco del Empleo Público,²¹ se encuentran los de mérito y capacidad²², así como el de previsión presupuestaria²³. 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

¹⁹ 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.

²⁰ Constitución del Perú, artículo 109.

²¹ Ley 28175, artículo IV.

²² 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).

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



procurar soluciones de consenso y equilibrio, y la primacía de los derechos laborales”²⁴.

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 subordinada²⁵. 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 vacante²⁶, 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.

²⁴ 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”.

²⁵ 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”).

²⁶ 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.



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”²⁷.
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 país²⁸. 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 país²⁹ (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 trabajador³⁰.

²⁷ Artículo 40.

²⁸ 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”.

²⁹ 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”.

³⁰ 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”³¹.

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 indefinido³². 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 oportunidades³³.
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.

³¹ 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 (énfasis añadido).

³² 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”.

³³ 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 lactancia³⁴, garantía ésta que se extiende a toda trabajadora

³⁴ 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 período de lactancia.

Queda prohibido 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 período 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