



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

Sumilla: *A efectos de que la madre trabajadora pueda encontrarse protegida contra el despido nulo que tenga como motivo su estado de gravidez, deberá cumplir con comunicar documentalmente a su empleador de su estado de gestación; sin embargo, dicho requisito no será exigible y, por ende, se puede entender válidamente que el despido tiene como causa el embarazo, si de la simple apreciación visual de la trabajadora se puede desprender su condición de gestante.*

Lima, once de julio de dos mil diecinueve

VISTA; la causa número once mil ochocientos setenta y cuatro, guion dos mil dieciocho, guion **HUÁNUCO**, en audiencia pública de la fecha; y luego de efectuada la votación con arreglo a ley; interviniendo como **ponente** el señor juez supremo, **Yaya Zumaeta**, con la adhesión de los señores jueces supremos: Torres Vega, Vera Lazo y Ato Alvarado, con el **voto en minoría** del señor juez supremo, **Malca Guaylupo**; se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, **Anticuchería Restaurant JR**, mediante escrito presentado el diez de mayo de dos mil dieciocho, que corre de fojas ciento setenta y nueve a ciento noventa, contra la **Sentencia de Vista** del veintiséis de abril de dos mil dieciocho, que corre de fojas ciento sesenta y ocho a ciento setenta y cinco, **que confirmó la sentencia emitida en primera instancia** el veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento quince a ciento treinta y tres, **que declaró fundada la demanda**; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, **Neydi Dayne Arévalo Maytahuari**, sobre nulidad de despido.

CAUSAL DEL RECURSO

Por resolución del veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, que corre de fojas setenta y nueve a ochenta y dos del cuaderno formado, se declaró procedente el recurso interpuesto por la demandada por la causal de **infracción normativa del último párrafo del literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y**



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento de fondo sobre dicha causal.

CONSIDERANDO:

Antecedentes judiciales

Primero: Previo a emitir pronunciamiento de fondo sobre la causal declarada procedente, este Colegiado Supremo considera pertinente efectuar algunas precisiones fácticas respecto del proceso.

1.1.- Pretensión: Mediante escrito de demanda presentado el veintiocho de febrero de dos mil diecisiete, que corre de fojas treinta y seis a treinta y nueve, subsanado mediante escrito obrante a fojas cuarenta y cinco y cuarenta y seis, la accionante pretende que se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando en la demandada, afirmando haber sido objeto de un despido nulo por la causal prevista en el literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, es decir por su estado de gestación.

Al respecto manifiesta que ingresó a prestar servicios el dieciocho de enero de dos mil quince como empleada parrillera con un contrato verbal, siendo despedida el dos de febrero de dos mil diecisiete, como consecuencia de comunicar a su empleadora su estado de gestación.

1.2.- Pronunciamiento de primera instancia: El Primer Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, mediante sentencia del veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento quince a ciento treinta y tres, declaró fundada la demanda, disponiendo la reposición de la



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

demandante en el cargo que desempeñaba antes del cese o en otro de similar nivel o categoría, bajo el régimen laboral de la actividad privada regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, así como el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, gratificaciones y compensación por tiempo de servicios.

Conforme a ello, concluye que la demandada sí tomó conocimiento del estado de gestación de la accionante quien, por medio de su hijo, le informó ello mediante un certificado de incapacidad para el trabajo, por lo que al no acreditarse la causa justa para el despido de la demandante, se presume que tal acto tuvo como motivo el embarazo.

1.3.- Pronunciamiento de segunda instancia: La Sala Civil de la referida Corte Superior de Justicia, a través de la Sentencia de Vista del veintiséis de abril de dos mil dieciocho, que corre de fojas ciento sesenta y ocho a ciento setenta y cinco, confirmó la sentencia apelada, sosteniendo básicamente que la demandada tenía conocimiento del estado de gestación de la accionante, pues esta última le informó de ello de modo verbal, conforme a lo declarado por la accionante en la Audiencia de Vista (minuto 15.21), además de aceptar que al onceavo día el hijo de la accionante le entregó la constancia de atención; asimismo, infiere que la emplazada tuvo conocimiento del estado de gravidez de la accionante, porque estuvo hospitalizada en el área de obstetricia, así sea por enfermedad común, al haber sido suscrito certificado respectivo por un gineco-obstetra. Por tanto, al no acreditarse causa justa para el despido, concluye que este tuvo como motivo el estado de gestación de la demandante.

Infracción normativa

Segundo: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación de las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

resolución, originando con ello, que la parte que se considere afectada pueda interponer el respectivo recurso de casación. Sobre los alcances del concepto de infracción normativa, quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Precisiones sobre el despido nulo

Tercero: Según TOYAMA MIYAGUSUKO, el despido nulo “[...] *está concebido para salvaguardar el derecho a la estabilidad laboral absoluta cuando se incurra en despidos que afectan gravemente el ordenamiento jurídico, ya que cuando el empleador comete este tipo de despidos atenta contra derechos de la persona humana que se reputan intangibles*”¹.

Por nuestra parte, definimos el despido nulo como aquel que tiene como motivo cualquiera de las clases de discriminación prohibidas por la Constitución Política del Estado o la ley, o que vulnere los derechos fundamentales del trabajador.

El despido nulo dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, modificado por el artículo 1° de la Ley número 30367, publicada en el diario oficial “El Peruano” el veinticinco de noviembre de dos mil quince, en el cual se precisan cuáles son los motivos que generan la nulidad del despido, dentro de los cuales tenemos los siguientes:

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

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y otro: Guía Laboral, octava edición actualizada y revisada, Gaceta Jurídica S.A., Lima 2017, página 381.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;*
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;*
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;*
- e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.*

Sin embargo, estos no son los únicos motivos por los cuales el despido deviene en nulo, pues el legislador a través de diversos dispositivos normativos ha ido incorporando nuevas causales, como el caso del despido de un trabajador motivado por ser portador de SIDA (artículo 6° de la Ley número 26626), por padecer de tuberculosis (artículo 11° de la Ley número 30287), por padecer de diabetes (artículo 9° de la Ley número 28553, incorporado por la Ley número 30867), o por la presentación de una queja por hostigamiento sexual en el trabajo (numeral 8.4 del artículo 8° de la Ley número 27942, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo número 1410).

En el presente caso nos avocaremos al análisis de la causal de nulidad de despido motivada por el estado de gestación de la mujer trabajadora, previsto en el literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual - como se ha adelantado - establece lo siguiente:



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

“e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

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

La protección de la madre trabajadora contra el despido

Cuarto: El embarazo o el nacimiento de un hijo no pueden constituir, directa o indirectamente, causal de despido de la trabajadora o motivo que impida su reincorporación, una vez culminado el período de descanso postnatal, como así lo prevén los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la legislación nacional.

4.1. La protección de la maternidad en los instrumentos internacionales

a) Convenio número 158, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, del veintidós de junio de mil novecientos ochenta y dos: Convenio relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, entrada en vigor el veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco, Adopción: Ginebra (veintidós junio mil novecientos ochenta y dos). Este convenio, aun cuando no ha sido ratificado por el Perú, puede servir como una guía de orientación para el Juez al momento de resolver, pues en su Artículo 5° dispone que: *“Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: [...] d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social”.*



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

- b) **Convenio número 183, Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000:** Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad, con entrada en vigor el siete febrero de dos mil dos. Este Convenio, aun cuando tampoco ha sido ratificado por el Perú, puede también servir como una guía de orientación al Juez al momento de resolver, pues en su Artículo 8° dispone que: *“1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. 2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad”.*

4.2. La protección de maternidad en la legislación

Históricamente, la mujer ha logrado el reconocimiento de distintos derechos laborales, dentro de los cuales se encuentra la protección a la maternidad en el trabajo, al cual la legislación ha buscado proteger a efectos de salvaguardar la salud de la madre trabajadora y de su hijo concebido o recién nacido, mediante mecanismos que le permitan conservar su empleo durante el embarazo y después de culminado el período postnatal, así como facilitando su desenvolvimiento en el ámbito laboral, con la asignación de labores que no impliquen un riesgo para la madre o el feto. Estos mecanismos de protección que franquea la ley buscan que la mujer que trabaja preserve energías con el fin de que no se vea afectada su labor como trabajadora ni como madre.

Este derecho inicialmente fue reconocido por la Ley número 2851, Ley que reguló el trabajo de los niños y mujeres por cuenta ajena, publicada en el diario oficial “El Peruano” el cuatro de enero de mil novecientos diecinueve, que estableció en su



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

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

Posteriormente, la Ley número 4239 modificó la Ley número 2851, estableciendo que *“Las mujeres y los niños que sean separados del trabajo, sin causa justificada recibirán el sueldo o salario de dos meses”*.

Actualmente, la Ley número 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso, publicada en el diario oficial “El Peruano” el veinticinco de noviembre de dos mil quince, exige para considerar un despido como nulo que haya tenido como móvil el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia.

Quinto: En ese contexto, cabe precisar que para la configuración de la causal de despido nulo por embarazo, la terminación discriminatoria del vínculo laboral debe producirse durante el período comprendido desde la fecundación del óvulo hasta el parto, con extensión a los noventa días posteriores al nacimiento.

Carga probatoria en los casos de nulidad de despido que tenga como móvil el embarazo

Sexto: De acuerdo con el literal b del numeral 23.3 del artículo 23.° de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, la carga de la prueba del motivo de nulidad de despido alegado le corresponde al trabajador; conforme a ello, la Ley número 30367 mantiene la presunción de la certeza de un hecho pero con aceptación de prueba en contrario, que ya existía en la modificatoria que introdujo la Ley número 27185, en virtud de la cual se considerará que el despido tiene como motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

Séptimo: Sobre la carga probatoria del despido por causal de embarazo, el Tribunal Constitucional² ha señalado:

“[...] que no corresponde a la demandante acreditar que el despido fue realizado como consecuencia del embarazo. Aún si se asumiera -como parece asumir la Sala- que el despido se produjo meses antes, el despido resulta igualmente nulo toda vez que aún en ese caso el despido se ha producido durante el período de gestación. Por ello corresponde estimar la demanda en el presente caso”.

Octavo: Cabe precisar, que la protección que otorga la Ley número 30367 sólo resultará aplicable en los casos en que el empleador haya tomado conocimiento por escrito del estado de gestación de la madre trabajadora previo al despido, condición que no impide que este despida a la trabajadora por causa justa relacionada con su capacidad o su conducta.

Noveno: Al respecto, BOZA, al comentar la extinción de la relación laboral de la madre trabajadora, precisa que:

“La madre trabajadora goza de una tutela especial en el caso de la extinción de la relación laboral. Pero ello ocurre concretamente en el período de gestación. En efecto, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral recoge como un supuesto de despido nulo el motivado en el embarazo de la trabajadora. Para tal efecto, la indicada norma establece la presunción de nulidad del despido si el empleador -en el proceso respectivo- no acredita la causa justa del mismo, siempre y cuando la trabajadora hubiese comunicado a su empleador de su estado de gravidez, previamente al despido”³.

² STC N.º 03190-2008-AA, caso Ysabel Arias Silva, fundamento 4.

³ BOZA PRÓ, Guillermo: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano”, en Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2004, páginas 92-93.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

Décimo: El Tribunal Constitucional nacional⁴ ha establecido además lo siguiente:

“5. Para declarar nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, lesivo del derecho a la no discriminación por razón de sexo, es menester la acreditación del previo conocimiento del estado de gestación por parte del empleador que despide o el requisito de la previa notificación de dicho estado por la trabajadora al empleador.

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

En sentido similar, debe recordarse que el artículo 4.1 de la Recomendación 95 de la OIT establece que el período durante el cual será ilegal despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que se le haya notificado al empleador el embarazo por medio de un certificado médico”.

Décimo Primero: La Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República⁵ sostuvo al respecto lo siguiente:

“[...] cuando en el último párrafo de la norma materia de casación se dispone como exigencia la notificación documental del embarazo al empleador (previa al despido) para oponerla como causal de nulidad de despido, lo que se buscó fue evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que se requiera en este caso como requisito sine qua non la comunicación documental al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado en razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al precepto

⁴ STC número 04844-2008-AA, caso Jakeline Rojas Pereira, fundamento 5.

⁵ Casación número 275-2005-AREQUIPA del 15 de diciembre de 2005.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

constitucional señalado en el considerando anterior; consecuentemente de producirse el despido a una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo” (sin subrayados en el original).

Criterio similar se ha mantenido en la Casación número 2213-2006-LA LIBERTAD del dieciocho de setiembre de dos mil siete.

Décimo Segundo: Al respecto, QUISPE CHÁVEZ admite que la comunicación documental al empleador de la situación de embarazo de la trabajadora, excepcionalmente, no será exigible en el caso siguiente:

“[...] en el supuesto que el embarazo de la madre gestante sea evidente, pues, la notificación no determinará la protección a la que se encuentra sujeta. Esto quiere decir que la notificación del embarazo sirve tan solo para hacer de conocimiento del empleador del estado de gestación de la trabajadora cuando este no sea evidente; sería ilógico alegar desconocimiento del estado de la gravidez cuando a simple vista era reconocible el estado de la trabajadora. En suma, la notificación del embarazo al empleador será inexigible cuando el estado de la trabajadora sea evidente”⁶.

Décimo Tercero: Este Colegiado Supremo considera que a efectos que la madre trabajadora pueda encontrarse protegida contra el despido nulo que tenga como motivo su estado de gravidez, debe cumplir con comunicar documentalmente a su empleador de su estado de gestación, conforme al último párrafo del literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR; sin embargo, dicho requisito no será exigible y, por ende, se entenderá que el despido tiene como

⁶ QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y otro: El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional, primera edición 2009, página 78.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

causa el embarazo, si de la simple apreciación visual de la trabajadora se puede razonablemente desprender su condición de gestante.

Solución al caso concreto

Décimo Cuarto: En el caso de autos, se advierten dos hechos relevantes determinados por las instancias de mérito: la declaración de la accionante quien refiere que comunicó de manera verbal a la demandada sobre su estado de gestación, y la presentación a su empleadora del Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo que corre a fojas sesenta y nueve, emitido por el Área de Obstetricia⁷ del Hospital Base II HUÁNUCO RAHUA - ESSALUD, en el cual el médico obstetra que suscribe dispone su hospitalización por el término de diez (10) días, entre el diecinueve y veintiocho de enero de dos mil diecisiete (advirtase además que del contrato obrante en copia a fojas diecinueve y veinte, se tiene que el último período laboral fue del dos al treinta y uno de enero de dos mil diecisiete, suscrito en vía de regularización el dos de febrero del mismo año, afirmándose que éste día fue el último de labores).

Décimo Quinto: A ellos se suman: **i)** la constancia de atención obrante a fojas veintitrés en el Servicio de Ginecología de EsSalud, del veinticuatro de febrero de dos mil diecisiete; y, **ii)** la solicitud de examen auxiliar corriente a fojas veinticinco suscrita por la Red Asistencial Huánuco de Essalud el veinte de febrero de dos mil diecisiete⁸. Si bien ambas aparecen emitidas de manera posterior a la fecha del despido, analizados de forma conjunta con los documentos señalados en el considerando inmediato precedente, y con la apreciación y afirmación de la accionante en cuanto que a la fecha de su despido ya tenía cuando menos tres (03) meses de gestación⁹, y que podía

⁷ La Obstetricia (del latín obstaré estar a la espera) se ocupa de la mujer en todo su periodo fértil (embarazo, parto y puerperio). <https://www.google.com/search?q=medico+obstetra+definicion&oq=medico+obstetra&aqs=chrome.3.69i57j0l5.5751j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Consultado el 11 de julio de 2019.

⁸ En el que se hace referencia, entre otros, a una evaluación fetal y materna, en la persona de la hoy demandante.

⁹ <https://www.natalben.com/embarazo-mes-a-mes/tercer-mes-embarazo>. Cambios en el tercer mes de embarazo. El útero crece y ya se nota la tripa de la madre. En el tercer mes de embarazo algunos de los síntomas de la gestación empiezan a



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

estar cercana a los cuatro (4) meses¹⁰, si tenemos en cuenta que -como lo relievra la Sala Superior en el acápite f) del punto 11 de la Sentencia de Vista- el parto se produjo el diez de julio de dos mil diecisiete, permiten a este Tribunal Supremo en el caso concreto arribar a la conclusión que el embarazo fue, por un lado, comunicado razonablemente a la empleadora, y de otro lado, de algún modo objetivo a partir de los aludidos antecedentes de salud y sintomatología propia da las mujeres en estado de gestación, entendiéndose en consecuencia a partir de las precitadas circunstancias que el despido tuvo en realidad como motivo el estado de gestación de la trabajadora, al no haberse establecido otra razón que lo justifique, a pesar de tratarse de una relación laboral regular que superó los dos años, correspondiendo ordenar su reposición con el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el lapso que dure su cese.

Décimo Sexto: En consecuencia, las instancias de mérito al emitir pronunciamiento amparando la pretensión sobre nulidad de despido por causal de embarazo, se han ceñido a lo aportado y debatido en el proceso, valorando con suficiencia los medios probatorios presentados por las partes y aplicando la normatividad correspondiente; por tanto, no se advierte la existencia de infracción normativa al último párrafo del literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, deviniendo la causal por la cual se declaró procedente el recurso en **infundada**.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo establecido además por el artículo 41° de la Ley número 29497, Nueva Ley Proc esal del Trabajo:

mitigarse. La mujer se siente cada día un poco mejor, y es probable que note que su cintura se ha agrandado unos centímetros. Consulta efectuada el 11 de julio de 2019.

¹⁰ <https://www.natalben.com/embarazo-mes-a-mes/cuarto-mes-embarazo>. Síntomas del cuarto mes de embarazo. En el cuarto mes de gestación, el embarazo ya es difícil de ocultar, y por otra parte, el mayor riesgo de aborto ha pasado. Consulta efectuada el 11 de julio de 2019.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

FALLO:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, **Anticuchería Restaurant JR**, mediante escrito presentado el diez de mayo de dos mil dieciocho, corriente de fojas ciento setenta y nueve a ciento noventa; en consecuencia, **NO CASARON** la **Sentencia de Vista** del veintiséis de abril de dos mil dieciocho, obrante de fojas ciento sesenta y ocho a ciento setenta y cinco; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", conforme a ley, en el proceso seguido por la demandante, **Neydi Dayne Arévalo Maytahuari**, sobre **nulidad de despido y otros**; y los devolvieron.

S.S.

TORRES VEGA

VERA LAZO

YAYA ZUMAETA

ATO ALVARADO

LRD

**EL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO MALCA GUAYLUPO, ES
COMO SIGUE:**

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, **Anticuchería Restaurant JR**, mediante escrito presentado el diez de mayo de dos mil dieciocho, que corre en fojas ciento setenta y nueve a ciento noventa, contra la **Sentencia de Vista** de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciocho, que corre en fojas ciento



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

sesenta y ocho a ciento setenta y cinco, que confirmó la **Sentencia emitida en primera instancia** de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento quince a ciento treinta y tres, que declaró **fundada** la demanda, en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, **Neydi Dayne Arévalo Maytahuari**, sobre nulidad de despido.

CAUSAL DEL RECURSO:

El recurso de casación interpuesto por la demandada, se declaró procedente mediante Resolución de fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, que corre en fojas setenta y nueve a ochenta y dos, del cuaderno de casación, por la siguiente causal: ***Infracción normativa del último párrafo del literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR***; correspondiendo emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: Antecedentes del caso:

- a) **Pretensión:** Conforme se aprecia de la demanda, que corre en fojas treinta y seis a treinta y nueve, subsanada en fojas cuarenta y cinco, la actora solicita se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando al haber sido objeto de un despido nulo por la causal prevista en el literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR por motivo de embarazo.
- b) **Sentencia de primera instancia:** El juez del **Primer Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Huánuco**, mediante Sentencia de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento quince a ciento treinta y tres, declaró fundada la demanda, ordenando la reposición de la demandante en el cargo que desempeñaba antes del cese u en otro de



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

similar nivel o categoría, bajo el régimen laboral de la actividad privada regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, así como el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, gratificaciones y compensación por tiempo de servicios.

Sostiene que la demandada sí tomó conocimiento del estado de gestación de la accionante quien por medio de su hijo, le informó mediante un certificado de incapacidad para el trabajo; por lo que al no acreditar la causa justa para el despido de la demandante, se presume que este tuvo como motivo el embarazo.

- c) Sentencia de segunda instancia:** El Colegiado de la Sala Civil de la referida Corte Superior, a través de la Sentencia de Vista de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciocho, que corre en fojas ciento sesenta y ocho a ciento setenta y cinco, confirmó la Sentencia apelada que declaró fundada la demanda, sosteniendo básicamente que la demandada tenía conocimiento del estado de gestación de la accionante, pues, esta última le informó de forma verbal, conforme a lo declarado por la demandante en la Audiencia de Vista (min 15.21), además, de aceptar que al onceavo día el hijo de la accionante le entregó la constancia de atención; asimismo, infiere que la emplazada tuvo conocimiento del estado de gravidez de la accionante, porque estuvo hospitalizada en el área de obstetricia, así sea por enfermedad común, pues, el certificado ha sido suscrito por un gineco - obstetra, por lo que al no acreditarse causa justa para el despido, concluye que el despido tuvo como motivo el estado de gestación de la demandante.

Segundo: Infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma, las causales que



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, incluyendo otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero: La causal declarada procedente, está referida a la **Infracción normativa del último párrafo del literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR .**

Dicho dispositivo legal, prescribe:

"e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

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

Cuarto: Delimitación del objeto de pronunciamiento

Conforme se verifica del recurso de casación y lo actuado por las instancias de mérito, el tema en controversia está relacionado a determinar si la demandante ha sido víctima de despido nulo por motivo de embarazo, de conformidad con lo previsto en el inciso e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Quinto: Respecto a la nulidad de despido

5.1. Cabe precisar, que para efectos de establecer si el despido acusado es nulo por las causales contempladas en el artículo 29° del Decreto Supremo acotado, se debe determinar la existencia de nexo causal entre los hechos relatados y la



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

reacción imputada como represalia en la demanda, estableciendo el artículo 37° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que la prueba del motivo alegado “**no se deduce ni se presume**”, por tanto cuando se afirme un hecho violatorio como presupuesto para demandar la nulidad de despido, aquel debe ser probado con los medios probatorios que acrediten el motivo alegado; sin embargo, hay que tener presente que en el caso del despido nulo o lesivo de derechos constitucionales existe extrema dificultad para la probanza, en ese sentido, Elmer Arce Ortíz estima que: *“la naturaleza virtualmente indemostrable del motivo alegado en la demanda de nulidad de despido por ser a menudo subjetivo, viene a convertirse necesariamente en un elemento interpretativo que ha de modular a favor del trabajador las normas concernientes a la práctica de la prueba¹¹”*.

5.2. Estando a lo señalado, y teniendo presente que la cuestión que se plantea en el presente proceso, consiste en determinar la existencia de un despido discriminatorio motivado por el embarazo de la recurrente, y en el cual las instancias de mérito han declarado fundada la demanda, corresponde precisar que existen diversos pronunciamientos, emitidos tanto por el Tribunal Constitucional, como por la Corte Suprema, que señalan respecto de la comunicación del embarazo al empleador, entre ellos:

En el expediente N° 5652-2007-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló: *“... **10. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del Art. 2 de la Constitución Política. 11. La**”*

¹¹ En *“La Nulidad del Despido Lesivo de los Derechos Constitucionales”*, Lima 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, página 262;



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

CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO

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

protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. (...). De otra parte, según el Art. 4.1 de la Recomendación 95, el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico. (...)."

Por otro lado, mediante la Casación Laboral N° 1569 0-2015-LIMA NORTE, de fecha trece de mayo de dos mil dieciséis, se señaló: "**Décimo Cuarto:** Para los efectos debe tenerse en cuenta que **la demandada Anypsa Perú S.A. tomó conocimiento del estado de embarazo de la demandante antes de que se produzca el despido, tal como se acredita con la cita médica que corre en fojas treinta, en la que se aprecia que el día dos de setiembre de dos mil ocho la demandante tenía que asistir por la tarde al departamento de obstetricia (...) para la atención correspondiente, habiéndosele concedido el permiso correspondiente (...) se determina que se ha producido la nulidad de despido alegada (...).**"

Sexto: Solución al caso en concreto

En el caso de autos, se advierte que las instancias de mérito concluyen que la accionante ha cumplido con informar válidamente de manera verbal sobre el estado de gestación a su empleadora, basando su decisión en las afirmaciones formuladas por la demandante en la Audiencia de Juzgamiento, corroborando dicho sustento con el Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo, que corre en fojas sesenta y nueve, mediante el cual el médico obstetra que suscribe el certificado dispone la hospitalización de la actora por el término de diez días, según la constancia de atención, como es de verse en fojas veintitrés.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

Sétimo: De lo expuesto por las instancias de mérito, esta Sala Suprema advierte de los medios probatorios aportados en el proceso, lo siguiente:

- ✓ De la constancia de atención médica de fecha veinticuatro de febrero de dos mil diecisiete, que corre en fojas veintitrés y la solicitud de examen médico auxiliar, de fecha veinte de febrero de dos mil diecisiete que corre en fojas veinticuatro a veinticinco, la actora se ha sometido a diversos análisis clínicos y ecografía en la especialidad de ginecología; sin embargo son medios probatorios emitidos con posterioridad a la fecha de despido ocurrido, el dos de febrero de dos mil diecisiete.
- ✓ Del Certificado de Incapacidad para el Trabajo, de fecha veintiuno de enero de dos mil diecisiete, emitido por la Red Asistencial de Essalud, si bien ha sido suscrito por un obstetra por motivo de hospitalización por el periodo del diecinueve de enero al veintiocho de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas sesenta y nueve, el diagnóstico del médico tratante no hace más que reflejar que dicha hospitalización se debió a una enfermedad común y no por motivo del embarazo.

Aunado a lo anterior, si bien la demandante señaló en la Audiencia de Juzgamiento que al treinta y uno de enero de dos mil diecisiete que contaba con tres meses de gestación, pero que no podía apreciarse a simple vista tal condición, esta Sala Suprema considera que resultaba imposible para la demandada pueda inferir el estado de gravidez de la accionante, no pudiendo presumirse el embarazo de la trabajadora, ni que el despido de la actora tuvo como móvil esta condición como erróneamente ha considerado el Colegiado Superior, máxime si la propia demandante ha señalado en la audiencia de juzgamiento que no comunicó en forma directa ni documentalmente a su empleadora sobre el estado de su embarazo, no cumpliéndose con ello la exigencia de la comunicación prevista en el último párrafo del literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, condición que resulta necesaria para acreditar el despido que señala la actora, máxime si aquel no se deduce ni se presume.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 11874-2018
HUÁNUCO**

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

Octavo: Por las razones expuestas, se concluye que el Colegiado de mérito al emitir pronunciamiento amparando la pretensión sobre nulidad de despido por causal de embarazo, no se ha ceñido a lo aportado y debatido en el trámite del proceso pues, no ha valorado adecuadamente los medios probatorios presentados por las partes, incurriendo en la infracción normativa del último párrafo del literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR; motivo por el que la causal invocada deviene en **infundada**.

Por estas consideraciones:

MI VOTO es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, **Anticuchería Restaurant JR**, mediante escrito presentado el diez de mayo de dos mil dieciocho, que corre en fojas ciento setenta y nueve a ciento noventa; en consecuencia, **SE CASE** la **Sentencia de Vista** de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciocho, que corre en fojas ciento sesenta y ocho a ciento setenta y cinco, y **actuando en sede de instancia SE REVOQUE** la **Sentencia emitida en primera instancia** de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento quince a ciento treinta y tres, que declaró fundada la demanda, **REFORMÁNDOLA** declararon **infundada**; **SE ORDENE** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley, en el proceso seguido por **Neydi Dayne Arévalo Maytahuari**, sobre nulidad de despido; y los devolvieron.

S.S.

MALCA GUAYLUPO

**Evm*