



EXP. N° 08615-2018-0-1801-JR-LA-14

S.S.:

**YANGALI IPARRAGUIRRE**

ALMEIDA CARDENAS

CANALES VIDAL

**Vista de la Causa: 13/11/2019**

*Sumilla: A nivel constitucional, el Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente la figura jurídica del Despido Fraudulento, el cual se constituirá cuanto: a) se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, e) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o d) mediante la fabricación de pruebas.*

## **SENTENCIA DE VISTA**

Lima, trece de noviembre del dos mil diecinueve.-

**VISTOS**: Observando las formalidades previstas por el artículo 131° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interviene como ponente el señor **Juez Superior Yangali Iparraguirre**, esta Octava Sala Laboral emite resolución con base en lo siguiente:

### **I. PARTE EXPOSITIVA:**

#### **I.1. Objeto de la revisión**

Viene en revisión a ésta instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, **LAURA LOPEZ JIMENEZ**, contra la Sentencia N°60-2019-14JLL contenida mediante Resolución N°03, de fecha 07 de marzo de 2019, en el cual se declaró infundada la demanda por la constitución de un Despido Nulo; ordenando el archivo definitivo del proceso.

#### **I.2. Del recurso de apelación (expresión de los agravios)**

La parte demandante, **LAURA LOPEZ JIMENEZ**, en su recurso de apelación refiere que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, señalado los siguientes agravios:

- i. El despacho incurre en error de interpretación y falta de motivación dentro de su resolución, por cuanto no se ha valorado que el despido ejecutado por el empleador se ha motivado por su afiliación sindical al



- SUTRAGRUCPEP en junio del año 2017 y su posterior ejercicio de una actividad sindical por asignación como representante sindical en el cargo de Secretaria de Actas - Archivos a partir de enero 2018. (Agravio N°01)
- ii. El órgano jurisdiccional no ha considerado su condición de mujer y madre al momento de producirse la extinción laboral, pues tales actos materiales si podrán determinar la constitución de un despido nulo. (Agravio N°02)

## II. PARTE CONSIDERATIVA:

**PRIMERO.- En lo que respecta a los límites de las facultades de este colegiado al resolver el recurso de apelación.-** De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso laboral, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine los fundamentos vertidos por el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Así, conforme a la aplicación del principio contenido en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*, la competencia del Superior sólo alcanzará a ésta y a su tramitación; por lo que, corresponderá a este órgano jurisdiccional circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada, pronunciándose respecto a los agravios contenidos en el escrito.

### **CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTIAS CONSTITUCIONALES**

**SEGUNDO.- El Derecho Constitucional al Debido Proceso.-** La doctrina procesalista y constitucionalista ha sostenido que el Debido Proceso, regulado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, es un Derecho Fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no solo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional o administrativa<sup>1</sup>, en donde se comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetivo, en tanto que asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícitos los fines sociales y colectivos de la justicia<sup>2</sup>. Con ello, el referido colegiado constitucional, conforme a lo señalado en los expedientes N° 00090-2004-AA/TC, N° 3421-2005-HC/TC, N° 1656-2006-PA/TC, N° 5 627-2008-PA/TC, N° 2906-2011-PA/TC y N° 5037-2011-PA/TC, ha observado que:

<sup>1</sup> Para la autora Eugenia Ariano Deho sostiene que un Debido Proceso es aquel que incorpora garantías mínimas, asegurando a las partes un tratamiento paritario, una paridad de armas al interior del mismo proceso, pero además, es debido el proceso cuando es conocido por un juez auténticamente independiente e imparcial. Texto citado por ABAD YUPANQUI SAMUEL B, “*El Proceso Constitucional de Amparo*”, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, Pág. N° 366.

<sup>2</sup> REYNALDO BUSTAMANTE, “*Derechos Fundamentales y Proceso Justo*”, Lima, 2001, Pág. 236, citado por LANDA ARROYO CESAR, “*La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú*”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 498.



*”El Debido Proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos (...) Está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo -como en el caso de autos- o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) El derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva -que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales-, sino también en una dimensión sustantiva -que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona devienen en arbitrarios.”*

Además, se deberá analizar con criterio de conciencia, que también en la Tutela Procesal Efectiva – en el cual forma parte el Debido Proceso- la razonabilidad y proporcionalidad de una medida adoptada –en sede administrativa o judicial- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad<sup>3</sup>.

**TERCERO.- Sobre la Motivación de las Resoluciones Judiciales.-** El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política de Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera<sup>4</sup>. Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado- constituye un derecho

<sup>3</sup> Ibídem, Pág. 514.

<sup>4</sup> Idem, Pág. N° 532.



fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa<sup>5</sup>; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N° 4215 -2010-PA/TC , N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegio de constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia por el cual:

*“La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...) De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables” (...) El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.*

Asimismo, en lo que respecta al contenido esencialmente protegido del Derecho Constitucional a la Motivación de las Resoluciones Judiciales, tal colegio sostiene que:

*“El Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:*

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente*
- b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o*

<sup>5</sup> Ibidem, pág. 532



- tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].*
- d) *La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.*
- e) *La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).*

*De manera que, si bien no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso”.*

**CUARTO.- Sobre el Derecho Constitucional a la Defensa.-** De conformidad con el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, en todas las etapas de un procedimiento judicial o administrativo sancionatorio<sup>6</sup> no se podrá privar la defensa de un imputado mediante una regulación procedimental o mediante un acto curso que permita prohibir o restringir<sup>7</sup> el derecho a la defensa de un ciudadano en protección de sus intereses.

Asimismo, se precisa que el Derecho de Defensa contiene dos principios relevantes propios del Derecho Penal (incluidos en el Derecho Constitucional):

<sup>6</sup> Aspecto ya descrito la sentencia espedida por el Tribunal Constitucional a través del Exp. N° 08280-2006-PA/TC al referirse que “(...) ninguna norma privada regulatoria de un proceso sancionatorio y ningún acto en el curso del mismo pueden prohibir o restringir el ejercicio de este derecho (...)”

<sup>7</sup> LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 521.



el principio de contradicción y el principio acusatorio, en donde el primero exige que el imputado conozca de manera clara los hechos precisos que se le imputan, mientras que el segundo exige que el órgano encargado de la acusación fiscal sea distinto al jugador y que se lleve el proceso en observancia de las normas que rigen el proceso penal peruano<sup>8</sup>; además precisar que el juez o el fiscal deberán indagar sobre los cargos formulados en contra del procesado, y por otros, se permita al procesado formular, con el asesoramiento de un abogado, los alegatos en su defensa con el objeto de desvirtuar los actos imputados.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia nacional, en base a lo resuelto en el Exp. N° 6648-2006-HC/TC, el Tribunal Constitucional, conforme a lo recaído en el Exp. N° 05085-2006-AA/TC, ha referido pues:

*“En tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes, sea un proceso o procedimiento, o en caso de los terceros con interés”*

Asimismo, en la sentencia referida al Exp. 06648-2006-HC/TC se precisa que:

*“Los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impendida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”.*

**QUINTO.- Sobre el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.-** Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, se podrá apreciar que la misma es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho (configurado en los artículos 3º y 43º Constitución Política del Perú), pues se ha plasmado expresamente en el artículo 200º de la carta magna, en donde su naturaleza se sujetará en las estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; por ello, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación<sup>9</sup>.

Para ello, se deberá tener claramente presente que si bien es verdad que la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; conforme a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las

<sup>8</sup> Ibidem, pág. 523

<sup>9</sup> LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.



actuaciones de la administración estatal<sup>10</sup>; pero se deberá tener presente que el requisito de razonabilidad deberá excluir necesariamente la arbitrariedad, pues la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, se concluye que una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), será esencialmente antijurídica.

Por ello, se aprecia que el concepto de arbitrario aparejará tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica; de ahí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

---

<sup>10</sup> Para ello, en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ya ha descrito que "(...) De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor(...) La discrecionalidad mayor es aquélla en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente. Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales. La discrecionalidad intermedia es aquélla en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión. La discrecionalidad menor es aquélla en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.(...)Ahora bien, la discrecionalidad puede vincularse a algunas de las cuatro materias siguientes:

**La discrecionalidad normativa.-** Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella.

**La discrecionalidad planificadora.-** Se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles.

**La discrecionalidad política.-** Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política. Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.

Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales.

**La discrecionalidad técnica.-** Se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico(...)"



- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

**SEXTO:** De esta manera, se deberá analizar con criterio de conciencia, que también en la Tutela Procesal Efectiva – en el cual forma parte el Debido Proceso- la razonabilidad y proporcionalidad de una medida adoptada –en sede administrativa o judicial- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad<sup>11</sup>.

Así, en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC y N° 02250-2007- AA/TC, el referido órgano jurisdiccional en materia constitucional -TC- prescribió:

*“El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación(...)”*

Asimismo, a través de los expedientes N° 0090-2004- AA/TC y N° 2192-2004-AA/TC, el propio TC ha reiterado el presente criterio, en cuanto:

*“(...) Las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser*

<sup>11</sup> LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.





“arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente jurídicas y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la crítica racional (...) Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte (...) Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia (...) En ese contexto, al Tribunal Constitucional le corresponde verificar que existan dichas razones, que éstas no contradigan los hechos determinantes de la realidad y que tengan consistencia lógica y coherente con los objetivos del acto discrecional (...).”

### **SETIMO: Del principio constitucional de Interdicción de la Arbitrariedad.-**

La noción del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad es el reconocimiento de la presencia de arbitrariedad, esto es, una medida o actuación que rebasa la razonabilidad y proporcionalidad dentro del ejercicio de la función pública, pues la misma podrá limitar la forma de aplicación del derecho o la actuación de las partes en beneficio de sus propias arbitrariedades.

Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha precisado que - a través de las sentencias recaídas en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC y N° 0090-2004-AA/TC, que la interdicción de la arbitrariedad se circunscribe que:

*“(...) Del principio del Estado de Derecho surgiere el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:*

*a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.*

*b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a cada decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.*

*En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”*

En donde, se aprecia que el concepto descrito, se circunscribe a la figura de:

*“El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica(...).”*

En base a los fundamentos expuestos, con relación a los derechos fundamentales descritos, se procederá al desarrollo jurídico de cada agravio formulado.

### **CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECIFICO**

**OCTAVO: Sobre la acreditación de una causa justa en materia de Despido.-** Respecto al mismo cabe referir que el Derecho al Trabajo encuentra



reconocimiento en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, derecho constitucional que independientemente del régimen laboral que se trate implica dos aspectos: **1)** el acceder a un puesto de trabajo; y **2)** el derecho a no ser despedido sin causa justa contemplada en la Ley, aspecto relevante para estos autos en tanto importa la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, brindando protección al trabajador contra el despido arbitrario.

De esta manera, en los artículos 31° y 32° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se regula el procedimiento formal que debe observar todo empleador, cuando un trabajador incurre en la comisión de faltas graves; como una garantía del derecho constitucional del **derecho al debido proceso**, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez, así como la motivación de la falta grave en cuestión. De esta manera, si el empleador no respeta el procedimiento previo -tal como es la presentación del pre aviso de despido- la sanción aplicable será inválida y se sujetará a una indemnización por despido arbitrario, para ello, se podrá apreciar que -en la sentencia recaída en el Exp. N° 02939-2012-PA/TC- e I TC ha reiterado que:

*"(...) El artículo 31° de la referida norma legal establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia(...)"*

En efecto la falta grave se califica como la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral y para su configuración se requiere la concurrencia de tres (3) elementos: **i)** La infracción de los deberes esenciales del trabajador, establecidos en el contrato de trabajo; el cual por su naturaleza reconoce derechos, como también imponer obligaciones que deben ser cumplidos por el trabajador; y en éste último caso debe tratarse de deberes esenciales establecidas respecto del empleador; **ii)** La gravedad de la falta del trabajador; que según el artículo 25° de la LPCL, debe ser *"De tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación"*; para ello se requiere la concurrencia de cuatro elementos calificativos de la falta grave: oportunidad, objetividad, causalidad y proporcionalidad; **iii)** La legitimidad de la imposición de la sanción podrá ser apreciada entonces, no sólo en base a la causa alegada y a los hechos invocados, sino también en relación a la existencia de una prueba y a la objetividad de la misma.

**NOVENO:** Para ello, para poder determinar la viabilidad jurídica de una indemnización en caso no se observe una causa adecuada o justificada prevista en la ley, se deberá tener presente que la misma ha derivado de una protección constitucional reconocida en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, por parte del Tribunal Constitucional, pues a través de los Exp. N° 1124-2001-AA/TC, N° 976-2001-AA/TC y N° 206 -2005-AA/ TC (tal como lo referido en el caso Eusebio Llanos Huasco) se ha precisado que:



*"(...) El artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:*

- a. Se trata de un mandato al legislador*
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.*
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.*

*Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.*

*Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.*

*Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo".*

De esta manera, una causa válida de despido solamente podrá ser alegada, sustentada y ejecutada mediante una sujeción a la normatividad sustantiva vigente así como en la jurisprudencia laboral ordinaria y constitucional, los cuales prevén como objeto de extinción de la relación jurídica, entre otros, a través de las formas y requisitos permitidos por ley (inciso g) del artículo 16°



de la LPCL) y que esté relacionada con la capacidad o conducta del trabajador. Asimismo, en lo que respecta a la configuración de una falta grave, la misma se sujetará necesariamente a lo prescrito en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, previsto en la LPCL.

Con eso, la acreditación del despido, en base a la aplicación de los numerales 23.1), 23.3) y 23.4) del artículo 23° de la NLPT y concordante con el artículo 37° del Texto Único Ordenado de la LPCL, constituirá una carga probatoria impuesta a ambas partes, en donde la acreditación de la causa justa del despido y **el cumplimiento del procedimiento formal del despido le corresponderá exclusivamente al empleador, mientras que la ilegalidad o desproporcionalidad de la misma será a cuenta del propio trabajador.** Asimismo, los artículos 31° y 32° de la propia LPCL (a su vez) regulan el procedimiento formal que deberá observar todo empleador, al ser una garantía del derecho a un debido proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez.

**DECIMO: Sobre el incumplimiento de obligaciones laborales que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral.-** Sobre la causal regulada en el inciso a) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral regulado en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se deberá tener presente que la propia norma ha previsto en forma expresa:

*"El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad (...)"*.

Para ello, la doctrina ha definido sistemáticamente que la presente causal solamente se podrá referir a los deberes propios, específicos y concretos derivados de la función asignada por el empleador, derivados del contrato de trabajo o del *ius Variandi*, pues el mismo (es decir, el empleador) se encontrará facultado para sancionar **la falta de diligencia** en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, funcionales o las transgresiones a la Buena Fe<sup>12</sup>; pues no necesariamente el juzgador deberá valorar una consumación de

<sup>12</sup>En el ámbito propio del Derecho del Trabajo, el concepto de buena fe aparece entre los deberes laborales del trabajador, por el cual se obliga a cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia; hasta tal punto el trabajador ha de adecuar su conducta a los parámetros que impone la buena fe contractual que se faculta al empresario a utilizar su poder disciplinario en su máxima expresión (Despido) para sancionar los incumplimientos contractuales laborales del trabajador que sean contrarios a la misma. CARRIZOSA PRIETO ESTHER, *"Transgresión de la Buena Fe contractual y derechos del trabajador"*, Revista TEMAS LABORALES, N° 74, 2004, Pág. 249-263. Asimismo, a través de la Casación N° 6503-2016-Junín, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria ha establecido que *"En función de este principio, se impone la observancia del adecuado esfuerzo volitivo y técnico para realizar el interés del acreedor del trabajo (empleador), así como para no lesionar derechos ajenos (...) Manifestándose la importancia de dicho principio en las faltas graves contenidas en el artículo 25° del Decreto Supremo N°003-97-TR"*.



daños o un perjuicio determinado, pues, solamente será suficiente advertir una afectación de los deberes de fidelidad y lealtad<sup>13</sup>.

En consecuencia, será necesario recordar que la doctrina laboralista clásica reitera permanentemente que el contrato de trabajo no solo crea derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también en el ámbito personal, en cuanto apertura, por otra parte, una relación estable y continuada por el cual se exige la confianza recíproca en múltiples planos, en encontradas direcciones y sobre todo por un periodo prolongado de tiempo, conforme a las reglas de la Buena Fe<sup>14</sup>.

**DECIMO PRIMERO:** Así, en las Casaciones N° 11950-2015-Junín y N° 650 3-2016-Junín, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha reiterado expresamente:

*"Las obligaciones asumidas por las partes, con motivo del contrato de trabajo, no se limitan únicamente a las pactadas en el contrato escrito, sino que las mismas derivan también de las disposiciones normativas que la regulen. De allí que no resulte extraña la redacción del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, cuando prevé que constituye falta grave, aquella infracción por parte del trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, entendiéndose por tal, no solo a las obligaciones taxativamente previstas en aquel, sino a todos aquellos deberes centrales del trabajador, tales como el deber de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo en el marco de obediencia, buena fe y diligencia (...) En ese sentido, la tipificación de la falta grave contenida en el inciso a) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, complementa la acción principal que es el incumplimiento de las obligaciones de trabajo con la frase que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, lo que no basta que se produzca un incumplimiento sino que esa omisión rompa la confianza depositada, anulando las expectativas puestas en el trabajo encargado y haga que la relación laboral se torne insostenible, siendo irrelevante que el incumplimiento ocasione algún perjuicio al empleador, ya que lo que se sanciona es el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, siendo esto último lo que califica de lesivo el comportamiento del trabajador dando lugar a que se le sancione, siendo a partir de este criterio general de interpretación de la falta grave que debe examinarse las faltas imputadas",*

Asimismo, a través de la Casación N° 6503-2016-Junín, la Corte Suprema precisa pues:

*"Atendiendo a lo expuesto en el fundamento que antecede, es preciso indicar que la norma denunciada como causal no exige la existencia de un perjuicio económico causado al empleador, sino que está referida únicamente al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral".*

<sup>13</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU JORGE, "El despido disciplinario en el Perú", Revista IUS ET VERITAS, N° 38, Pág. N° 129 -154

<sup>13</sup> Ídem, Pág. N° 139

<sup>14</sup> PLA RODRIGUEZ AMERICO "Los principios del Derecho del Trabajo", Segunda Edición, Edit. De Palma, Buenos Aires, 1980, Pág. N° 309.



Además, a través de la Casación N° 6503-2016-Junin, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha considerado:

*"El literal a) del artículo 25° de la citada norma, prevé como falta grave constitutiva de despido, el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, (...) Siendo relevante para el caso concreto, el extremo referido al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, toda vez que aquel ha sido el sustento jurídico de la recurrente para desvincular a la demandante (...) Es así, que observamos que las obligaciones asumidas por las partes, con motivo del contrato de trabajo, no se limitan únicamente a las pactadas en el contrato escrito, sino que las mismas derivan también de las disposiciones normativas que la regulen. De allí que no resulte extraña la redacción del artículo 25° del Decreto Supremo N° 0 03-97-TR, cuando prevé que constituye falta grave, aquella infracción por parte del trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, entendiéndose por tal no solo a las obligaciones taxativamente previstas en aquel, sino a todos aquellos (...) deberes centrales del trabajador, tales como el deber de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo en el marco de obediencia, buena fe y diligencia (...) En ese sentido (...) no basta que se produzca un incumplimiento sino que esa omisión rompa la confianza depositada, anulando las expectativas puestas en el trabajo encargado y haga que la relación laboral se torne insostenible, **siendo irrelevante que el incumplimiento ocasione algún perjuicio al empleador**, ya que lo que se sanciona es el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, siendo esto último lo que califica de lesivo el comportamiento del trabajador dando lugar a que se le sancione, siendo a partir de este criterio general de interpretación de la falta grave que debe examinarse las faltas imputadas"*

Para tal fin, reiterando las premisas anteriores, mediante la Casación N° 11950-2015-Junín, la Corte Suprema ha detallado que no es necesario que se acredite un perjuicio económico para poder considerar la configuración del inciso a) del artículo 25° de la LPCL, por cuanto:

*"(...) La norma denunciada como causal no exige la existencia de un perjuicio económico causado al empleador, sino que está referida únicamente al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, lo cual sí se ha acreditado en autos, puesto que en las cartas de preaviso y de despido cursadas al accionante se ha determinado claramente cuáles son las infracciones atribuidas a la conducta del trabajador, regulada como negligencia en el ejercicio de funciones, conforme está estipulado en el inciso j) del artículo 81° del Reglamento Interno de Trabajo ya citado y en el Manual de Políticas de Microempresa (que corre de fojas quinientos sesenta y seis a quinientos ochenta y nueve), además de haberse establecido cómo se produjeron las faltas, lo cual dio lugar al despido del actor, por lo cual corresponde declarar fundada la causal denunciada"*

**DECIMO SEGUNDO: Respecto a la falta grave por faltamiento a la palabra o injuria grave al empleador.-** Sobre la causal regulada en el inciso f) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral regulado en el Decreto Supremo N°



003-97-TR, se deberá tener presente que la propia norma ha previsto en forma expresa:

*"Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente".*

En tal sentido, la doctrina ha definido sistemáticamente que la presente causal tendrá por finalidad que en toda relación laboral se resguarde un buen clima y buena fe en los actores de la relación de trabajo, el cual podrá ser afectado a través de diversos factores, tal como la configuración de la injuria y faltamiento de palabra en agravio del empleador; para ello, la presente falta grave podrá ser definida como el incumplimiento contractual imputable al trabajador, a tal punto grave que no permite la continuación de la relación laboral; esto es, una lesión irreversible al vínculo laboral producida por una indisciplina al momento de faltar el respeto en forma no razonable al empleador, al superior jerárquico a los demás compañeros de trabajo<sup>15</sup>, en donde la violencia verbal tendrá que ser muy grave y reiterado el cual vulnera fehacientemente la dignidad y el honor de los demás miembros de la empresa.

**DECIMO TERCERO:** Asimismo, la propia doctrina ha previsto que la presente falta grave busca sancionar conductas que distorsionan la convivencia y buena organización de la empresa además de reaccionar frente a actos lesivos de derechos constitucionales como el honor, la imagen y la integridad física del empleador y/o de los trabajadores; de ello, ante la dificultad y complejidad que supone la probanza de esta causal de despido, tal objeto podría facilitarse a través de registros audiovisuales o informes de las personas afectadas o testigos y constataciones de autoridades administrativas<sup>16</sup>. En consecuencia, será necesario recordar que la doctrina laboralista clásica reitera permanentemente que el contrato de trabajo no solo crea derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también en el ámbito personal, en cuanto apertura, por otra parte, una relación estable y continuada por el cual se exige la confianza recíproca en múltiples planos, en encontradas direcciones y sobre todo por un periodo prolongado de tiempo, conforme a las reglas de la Buena Fe<sup>17</sup>.

Así, en la Casación N° 2283-2017-Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha reiterado expresamente:

<sup>15</sup> PASCO COSMOPOLIS PASCO, en su trabajo titulado "La Falta Grave", el cual podrá ser revisado en el siguiente linck file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LaFaltaGraveLaboral-5084955%20(2).pdf

<sup>16</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU JORGE, "El despido disciplinario en el Perú", Revista IUS ET VERITAS, N° 38, Pág. N° 129 -154

<sup>16</sup> Ídem, Pág. N° 139

<sup>17</sup> PLA RODRIGUEZ AMERICO "Los principios del Derecho del Trabajo", Segunda Edición, Edit. De Palma, Buenos Aires, 1980, Pág. N° 309.



"(...) Dentro del ámbito relacionado a la conducta del trabajador, se encuentra la causa referida a la comisión de falta grave, siendo las previstas en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, que, entre otros, el inciso f), establece lo siguiente: "Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral (...) Sobre esta falta, es necesario precisar que para el caso de autos se configura cuando se agrede físicamente o se emite expresiones insultantes contra uno de los compañeros de trabajo o superiores, denotando con ello desprecio así como falta de consideración y respeto; asimismo, para la extinción del vínculo por esta falta grave debe atenderse al principio de proporcionalidad, con apreciación de factores adicionales que incidan o no en la justificación de la medida (...)".

**DECIMO CUARTO: Respecto a la protección legal y constitucional a la madre gestante - trabajadora ante un Despido Nulo.-** El 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 ha previsto en el inciso e) del artículo 29° que:

"Es nulo el despido que tenga por motivo (...) E) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del 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 (...)".

Así, la causal contemplada con relación a la maternidad prescribe que el despido nulo relacionado con la aplicación del **inciso e) del artículo 29° de la LPCL**, deberá encontrarse relacionado con el estado de gestación, el nacimiento y las consecuencias de la misma (la lactancia), por cuanto la madre trabajadora tiene una protección especial a nivel legal, constitucional<sup>18</sup> e internacional; por cuanto el artículo 23° de nuestra propia Constitución Política ha reconocido de manera expresa:

"El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan".

<sup>18</sup> Para la autora LUZ PACHECO ZERGA en su obra titulada "La protección de la mujer trabajadora en el ordenamiento peruano", Revista "Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces", Universidad de Piura, 2003, Pág. N° 13-26; sostiene que "Es indudable que las diferencias entre ellos son notorias, pero también es evidente que cada uno, por diversas razones, necesita un trato jurídico preferencial para equilibrar la capacidad negocial al celebrar contratos y ejecutarlos. La igualdad formal que reconoce la ley debe traducirse en igualdad de trato".





Con ello, desde la óptica constitucional, se ha enfatizado la protección de los derechos de las mujeres que tienen la condición de madres dentro de todo el proceso de gestión y el post parto; por cuanto y un Estado Constitucional y Democrático de Derecho se deberán rechazar en forma categórica todo tipo de actos que directa o indirectamente se aprovechen de estas circunstancias naturales para perjudicar, en el campo laboral, a la madre trabajadora, sea gestante o en periodo de crianza; aunque la misma se encuentre ajustada mediante una figura jurídica de carácter legal o infra legal.

**DECIMO QUINTO:** Sobre el particular, se deberá precisar que el propio Tribunal Constitucional ha referido -tal como sentencia recaída en el Exp. N° 05652-2007-PA/TC- que se deberá proteger a la mujer contra todo trato discriminatorios en el ambiente laboral por razón de su sexo y, en particular, por su capacidad natural de ser madres y tener la cualidad de asumir el proceso de gestación, pues:

*"La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja".*

De esta manera, si bien el literal e) del artículo 29° de la LPCL, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 30367, ha prescrito que la protección de la maternidad se desarrollará dentro de las causales de: i) el embarazo, ii) el nacimiento y sus consecuencias y, iii) la lactancia; también se encuentra dentro del marco de la razonabilidad que la misma deberá interpretarse conforme a la finalidad protectora y no sujetarse a otras categorías jurídicas laborales relacionadas fijadas por Ley, pues la Constitución Política del Perú (Carta Magna de nuestro sistema jurídico) garantiza que el concepto "**maternidad**" garantice sin distinción este tipo de protección, aún cuando se constituya un aparente no renovación de un contrato para convalidar la extinción de la relación.

Con ello, se podrá apreciar que la protección de la lactancia no podrá sujetarse a una aplicación de las normas en el tiempo o sujetarse al principio de la legalidad (ante una negada aplicación retroactiva de la norma), pues la protección integral de la maternidad (desde el periodo pre natal hasta la lactancia) se encuentra reconocida (tal como se desarrollará en los párrafos posteriores) mediante la aplicación del artículo 4° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" y el artículo 11° de la Convención CEDAW, pues tales acuerdos continentales reiteran que se debe impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad, pues se asegurar su derecho a trabajar mediante el impedimento del despido por razón de maternidad o la discriminación de los despidos en base al estado civil mediante una protección especial.



**DECIMO SEXTO:** La protección del derecho a la igualdad y no discriminación conforme a la causal de un Despido Nulo.- El inciso d) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 garantiza que todo acto de extinción por motivos de discriminación o trato desigualitario por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; deberá ser considerado como un acto plenamente nulo, por cuanto que el mismo contraviene fehacientemente los principios constitucionales e internacionales de la igualdad y no discriminación en materia de empleo y ocupación.

En efecto, en materia propiamente laboral, el artículo 1° del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, el cual el Estado Peruano forma parte a través de su aprobación mediante Decreto Ley N° 17687 publicado el 07 de junio de 1969 y ratificado el 10 de agosto de 1970, ha prescrito:

*"A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:*

- a. Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*
- b. Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados".*

Por lo que, la propia Organización Internacional del Trabajo - OIT ha establecido en forma conveniente una definición amplia de discriminación, señalando que se entiende como tal toda distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga como efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación; exceptuando de aquellas, las medidas especiales que se dicten para satisfacer las necesidades particulares de las personas a los que, por razones de edad, sexo, invalidez, cargas familiares o nivel social o cultural, generalmente se les reconozca como necesitados de protección o asistencia especial.

**DECIMO SETIMO:** Para ello, se deberá tener presente que la OIT ha expedido el Convenio sobre la Discriminación N° 111 (empleo y ocupación) mediante el cual:

*"(...) El término discriminación comprende (...) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados (...) Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a*



*formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (...)"*

En donde el referido Convenio y la Recomendación (número 111), de 1958, definen a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en una de las causas que enumeran) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación<sup>19</sup> (el cual se podrá aplicar plenamente en el presente caso, por la tutela de acceso de los derechos contra la discriminación); en tal sentido, el organismo internacional ha referido que existirá discriminación siempre que una persona no disfrute plenamente - por razones que no se deberían tener en cuenta - de las mismas oportunidades o del mismo trato del que gozan otras personas en materia de empleo y de profesión.

Por tal razón, la definición dada en los instrumentos de la OIT en 1958<sup>20</sup> tiene en cuenta el hecho de que la igualdad de oportunidades o de trato se puede ver afectada no sólo por actitudes negativas, que son las más aparentes, sino también por "preferencias" (tal como se puede considerar, en la aplicación de una figura solamente legal ante la protección de la madre gestante o su condición como mujer) que, a menudo, son más difíciles de descubrir, pues tales distinciones, exclusiones o preferencias, provendrán de la legislación como a las que se manifiestan en la práctica, incluso en las prácticas privadas en donde la política nacional también debe tender a eliminar la discriminación. Para ello, este organismo ha considerado que incluirá la discriminación indirecta, la cual puede resultar de medidas o prácticas que no hacen referencia a un criterio discriminatorio pero que, en las circunstancias en que se aplican, conducen a una desigualdad de oportunidades o de trato<sup>21</sup>.

**DECIMO OCTAVO:** Ahora bien, a nivel jurisprudencial, de la revisión de los Exp. N° 008-2005-PI/TC y N° 04922-2007-PA/TC, se podrá apreciar que el órgano de control de la constitución ha establecido el derecho a la igualdad con relación al acceso o extinción de la relación laboral, pues:

*"(...) La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. Así el artículo 103° de la Constitución Política del Perú compromete al Estado a expedir leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencias de las personas. En tal*

<sup>19</sup> ROSSILLION CLAUDE, "La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo", Organización Internacional del Trabajo - OIT, la cual se podrá revisar en el siguiente enlace: <file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LaOITYLaEliminacionDeLaDiscriminacionEnElEmpleo-5460996.pdf>

<sup>20</sup> En el Informe de la Comisión de Expertos de la OIT se ha designado en virtud del artículo 26° de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, el cual ha permitido examinar el cumplimiento de diversos países latinoamericanos, (como por ejemplo Chile) en base a la aplicación del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111), OIT, 1975 (especialmente los párrafos 174 y 175).

<sup>21</sup> Para ello, se podrán revisar el texto "La igualdad en materia de empleo en las legislaciones y otras normas nacionales", OIT, 1967, Pág. 7, así como el trabajo denominado "Cómo combatir la discriminación en el empleo", Guía práctica; OIT, 1981.



*sentido la igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato - obliga a que la conducta ya sea del Estado o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no genera una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria (...) Sobre el particular este Colegiado ha precisado la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución", en donde, "(...) La discriminación en materia laboral, estrictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: 1) acción directa: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad; y 2) por acción indirecta: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores." Por tanto dichas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes: Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo. Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.)".*

Tan es cierto lo afirmado, que recientemente la propia Corte Suprema ha expedido la Casación N° 20121-2016-Lima, por el cual:

*"(...)Este Colegiado Supremo considera que no todo comportamiento que establezca una distinción constituye un acto discriminatorio y vulnera el derecho a la igualdad, pues, se debe tener presente que dentro de nuestra sociedad existe una serie de desigualdades, para las cuales se deben tomar un conjunto de medidas dirigidas a efectivizar la aplicación de dicho derecho, impidiendo que se limite solo a su reconocimiento formal, sino que llevado al campo fáctico, este se materialice en una igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas (...)De lo expuesto, podemos afirmar válidamente que los principios de igualdad y de no discriminación no constituyen una facultad de las personas para exigir un trato igual a todos los demás en cualquier situación, sino que dichos derechos se encuentran orientados a exigir un comportamiento y trato igual entre sujetos que se encuentren en la misma condición; por lo tanto, un comportamiento será calificado como discriminatorio, y por ende, vulnerará el derecho a la igualdad tutelado por el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, cuando establezca una diferenciación entre personas que se encuentren en idéntica situación, siempre que no medie causa objetiva y razonable para ello".*

Con tal razón, la presente protección de carácter constitucional e internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal de las condiciones materiales de madre trabajadora y el sexo (acorde con los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionales e interdicción de la arbitrariedad, así como en la aplicación del derecho constitucional del desarrollo de la personalidad) en los casos de despido abusivo o ilegal (más allá de la distinción legal o jurisprudencial del inciso d) del artículo 29° de la LPCL), pues la misma se enfocará necesariamente (integrando ambas causales normativas) en el sendero determinado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH, dado que **la legislación**



laboral no solo deberá enfocar prohibiciones contra el despido de las mujeres, sino que se deberá prohibir cualquier tipo de trato inferior o maltrato laboral condicionado a su embarazo o genero.

**DECIMO NOVENO: Conforme a la aplicación del Principio de Inmediatez.-**

El Principio de Inmediatez se refiere a la potestad sancionadora o disciplinaria del empleador bajo la premisa de rapidez o conducta inmediata frente a la comisión de una falta o infracción por parte del trabajador; por ello, que la inmediatez es un requisito esencial de procedencia del despido<sup>22</sup> referido al transcurso del tiempo, que debe cumplir el empleador, equivalente -aunque no igual- a la caducidad, pues la misma trata del trabajador, al momento de reclamar sobre el despido. De esta manera, ambos institutos incorporan el elemento temporal en el accionar de las partes de la relación laboral, basándose en la dinámica que debe imperar en la misma, la que no puede tolerar la inacción o pasividad de una parte frente a una actuación irregular o lesiva de la otra.

Así, desde el momento en que se produce el conocimiento pleno de la infracción, comenzará el proceso volitivo que se refiere a la activación de los mecanismos decisorios del empleador para configurar la VOLUNTAD del despido, ya que éste -por esencia- representará un acto unilateral de voluntad manifiesta o presunta del patrono; por lo que, este colegiado comparte el criterio por el cual el inicio del proceso volitivo se encontrará sujeto a la evaluación de la gravedad de la falta<sup>23</sup>, las repercusiones que causan al nivel de productividad así como a las relaciones laborales existentes en la empresa, el examen de los antecedentes del trabajador infractor y la conducta desarrollada en el centro de trabajo, para establecer si excedía los márgenes de confianza depositada en él. Desde esta perspectiva, la segunda etapa se encontrará dada por la decisión que dependerá de la complejidad que tenga la organización empresarial, pues mientras mayor sea la misma, las instancias que deberán intervenir en la resolución serán más numerosas, por el contrario, mientras su simplicidad sea evidente, bastará con su sola decisión, la que podrá ser adoptada en el más breve plazo. Entonces, la distancia entre estos

<sup>22</sup> Para la autora LUZ PACHECO ZERGA, en su trabajo *denominado "La proporcionalidad del Despido: La Razonabilidad de una sanción"*, Revista Gaceta Constitucional, 51, Pág. N° 137 a 144, refiere que toda sanción debe observar el principio de inmediatez La falta de sanción oportuna se equiparara a una condonación de parte del empleador. No hay plazos máximos o mínimos en relación a la comisión de la falta si no, más bien, al conocimiento que tenga el empleador de dicha falta. La doctrina del TC distingue dos etapas en este principio: la cognoscitiva (conocer la falta) y la volitiva (decidir y comunicar la sanción). Asimismo, refiere que lo fundamental es que pueda apreciarse la razonabilidad del ejercicio de la potestad sancionadora entre la comisión de la falta y la imposición de la sanción. No se vulnera el principio de inmediatez cuando el procedimiento sancionador llevado a cabo por el empleador se realiza dentro de un plazo razonable y se respetan las garantías del debido proceso, que permite el ejercicio del derecho de defensa. Los términos o plazos existentes entre las etapas del principio de inmediatez varían de acuerdo a la complejidad de la falta cometida y/o de la organización empresarial. En consecuencia el principio de inmediatez puede calificarse de elástico y su observancia se delimita en base a las circunstancias concretas de cada caso, que dan la medida de su razonabilidad.

<sup>23</sup> GERMAN SERKOVIC G, "El Principio de Razonabilidad y el Despido" publicado en el Diario Oficial "El Peruano", de fecha 12 de julio de 2017, en el cual, en determinadas situaciones, el procedimiento interno orientado a establecer la responsabilidad del trabajador incurso en la falta grave no es sencillo y puede tomar un período extenso, más si el empleador debe ser en extremo cuidadoso para no incurrir en un despido fallido con el consiguiente pago de la indemnización legal o –incluso– la reposición.



dos procesos tendrá que ser diversa, pues la medición de la INMEDIATEZ resultará en términos relativos un tanto elástica, que hacen que su término pueda variar en forma razonable, dentro de cuyo rango son las partes las que tienen que justificar cuál representa la inmediatez suficiente de su proceder, para que el Juez con el Principio de Razonabilidad, confirme o no el término utilizado por el empleador.

**VIGESIMO:** Para ello, el artículo 31° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, así como su reglamento, han previsto que:

*"(...)El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito. Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32°, debe observarse el principio de inmediatez (...)"*

Asimismo, la inmediatez es un requisito de procedibilidad del despido, es decir, un requisito esencial de forma referido al tiempo, el cual condiciona un procedimiento de despido, ya que su incumplimiento ocasionará la invalidez del despido; por ello, a través de los fallos recaídos en los expedientes N° 2339-2004-AA/TC y N° 2349-2003-AA/TC, el propio Tribunal Constitucional ha señalado:

*"(...) No lo es menos que dicha falta debió ser determinada como tal en la fecha en que presuntamente fue cometida, resultando inadmisibile y contrario al principio de inmediatez que (...) la demandada pretenda responsabilizar a la recurrente por hechos respecto de los cuales no tomó las medidas pertinentes en el momento oportuno; por consiguiente, queda claro que lo que la demandada ha pretendido es eximirse de sus propias responsabilidades, sancionando a destiempo a la hoy demandante, lo que de ningún modo puede considerarse ejercicio regular de un acto conforme a derecho.» pues «(...) El recurrente pudo haber cometido una falta al no haber declarado dicha situación (...) pero no es menos que dicha falta debió ser determinada como tal en la fecha en que presuntamente fue cometida, resultando inadmisibile y contrario al principio de inmediatez que, después de tantos años transcurridos, la demandada pretenda atribuirle tal falta (...)"*

**VIGESIMO PRIMERO:** Del caso en concreto (Agravio N° 02).- De los actuados, se aprecia que la parte demandante sostiene que el cese de la relación laboral se produjo en forma nula en base a la aplicación de los incisos d) y e) del artículo 29° de la LPCL, en cuanto no se ha considerado que, por su condición de mujer y madre trabajadora, ha sufrido un trato discriminatorio y



vejatorio por parte de la empresa demandada, debido a su condición de madre, al momento de producirse la extinción de la relación laboral, en base a la aplicación de una presunta falta grave por injuria grave al empleador a través de un post de facebook en enero del año 2017.

Ante ello, **el órgano jurisdiccional** ha considerado que se encuentra acreditado la imputación de cargos por parte de la actora, conforme se aprecia del acta notarial y demás documentos que ofrecen las partes como un medio probatorio, la misma que se encuentra relacionada con el faltamiento a la palabra verbal o escrita realizada a través de la cuenta de facebook.

**VIGESIMO SEGUNDO:** Ahora bien, de la revisión de los actuados y evaluando las causales jurídicas contempladas en los incisos d) y e) del artículo 29° de la LPCL, **este Colegiado Superior** advierte que, mediante la Carta de Pre Aviso de Despido de fecha 05 de marzo de 2018 (a fojas 24 a 27), se imputaron las causales contemplados en los incisos a) y f) del artículo 25° de la LPCL, por cuanto al demandante habría insultado públicamente a su empleador CENCOSUD Retail Perú S.A a través de la red social de Facebook y atribuírsele los términos:

*"CENCOSUD es una mierda" y "Donde la explotación es un placer jijijiji"*

Asimismo, mediante la Carta de Despido, el empleador reitera tal causal, conllevando a la extinción de la relación laboral mediante el despido, por la validación de la falta grave de los incisos a) y f) del artículo 25° de la LPCL.

De ello, si es verdad que la parte demandante ha presentado indicios por el cual se advertiría que el empleador ejercía un cierto acto de discriminación por la falta de pago del bono por productividad o el incentivo durante el mes de mayo o octubre de 2017 a consecuencia de su afiliación al sindicato SUTRAGRUCPEP (conforme al Acta de Reunión entre el SUTRAGRUCPEP y CENCOSUD Retail Perú S.A, a fojas 43) o la reiterada necesidad de atender a su menor hijo (neonato) dentro de su jornada laboral (conforme al Formato de Solicitud de Referencia de ESSALUD de fecha 13 de febrero de 2017, a fojas 45) en su condición de madre trabajadora; pero se aprecia que tales situaciones reales (la condición de madre trabajadora o su género humano de mujer) no han guardado una relación causal directa o necesaria entre la imputación señalada como falta grave, la causal del despido y el lapso temporal en el cual se produjo la extinción de la relación laboral; por cuanto se advierte que la imputación por falta grave previstos en los incisos a) y f) del artículo 25° de la LPCL se produjo durante el mes de marzo del 2018, es decir, con posterioridad a los presunto actos de discriminación y maternidad ejecutados en el año 2017.

En ese sentido, considerando que en el presente tipo de controversia se deberá analizar conforme al principio procesal de inmediatez entre la causa y la consecuencia proveniente al despido, nuevamente se reitera que la calificación jurídica prevista en los incisos d) y e) del artículo 29° de la LPCL no podrá ser



admitida dentro de la presente causa, por cuanto que la misma no guarda una relación causal y temporal con las faltas imputadas dentro del procedimiento previo de despido.

Por estas consideraciones, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo confirmarse el extremo de la sentencia impugnada.

**VIGESIMO TERCERO: Sobre el Despido Nulo por afiliación al sindicato o participación en actividades sindicales.-** Sobre la causal regulada en el inciso a) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral regulado en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se deberá tener presente que la propia norma ha previsto en forma expresa:

*"Es nulo el despido que tenga por motivo: La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales"*

Para ello, esta causa se ha consagrado conforme al reconocimiento nacional (a través del artículo 28° de la Constitución Política del Perú<sup>24</sup>) e internacional del derecho a la Libertad Sindical, pues la misma es un derecho propio de todo trabajador -sin ninguna diferenciación- a afiliarse a las organizaciones sindicales que estime conveniente, bajo la sola condición que el mismo respete los propios estatutos de la organización sindical<sup>25</sup>, de conformidad con lo regulado en el artículo 2° del Convenio N° 087 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT<sup>26</sup>, el cual el Estado Peruano es miembro.

De esta manera, la afiliación a una organización sindical sin ninguna distinción es una garantía reconocida en el artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, mediante el cual *"La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación, o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato o impedirle hacerlo"*, pues la existencia del derecho de libre afiliación permitirá la impugnación judicial para solicitar la tutela pertinente.

**VIGESIMO CUARTO:** Además, la protección jurídica de la afiliación sindical es un explícito mandato de limitación contra todo acto de discriminación del empresario que busque menoscabar aquella libertad sindical, su acceso al trabajo o sus condiciones de trabajo; en efecto, al tener presente que el artículo

<sup>24</sup> REPPETO REATEGUI ROMY, *"La Libertad Sindical y su tratamiento como causal de despido nulo en la jurisprudencia"*, Revista Actualidad Jurídica, Edit. Gaceta Jurídica, Pág. N° 308 a 312.

<sup>25</sup> VILLAVICENCIO RIOS ALFREDO, *"La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación"*, Edit. PLADES, Lima, 2010, Pág. 115

<sup>26</sup> El artículo 2° del Convenio N° 087 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT prescribe que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tendrán derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.





1° del Convenio 98 de la OIT<sup>27</sup> dispone límites jurídicos contra todo acto que sujete el acceso o el mantenimiento del empleo a la condición de afiliarse o dejar de pertenecer a un sindicato, en la que el efecto sea el despido o cualquier otro perjuicio a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, pues su finalidad será tratar de evitar que la relación laboral no se vea afectada negativamente por actos del empleador que tienen su origen en la actitud sindical del trabajador, conforme a una adecuada relación de causalidad<sup>28</sup>.

Para ello, ya el Tribunal Constitucional, a través del Pleno Jurisdiccional recaído en el Exp. N° 0008-2005-PI/TC y las sentencias N° 3169-2006-AA/TC y N° 04468-2008-AA/TC, han definido jurisprudencialmente:

*"El artículo 28° de la Constitución Política del Perú establece que el Estado reconoce (...) y garantiza la libertad sindical. En esa línea, (...) la libertad sindical se define como la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, e indica también que la libertad sindical intuitu persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28° de la Constitución. (...) El artículo 11° del Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, señala que los estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores el libre ejercicio del derecho de sindicación. El artículo 3.1 del Convenio precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades, y de formular su programa de acción. (...) Asimismo, el artículo 1 del Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, dispone lo siguiente: 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".*

Entonces, conforme a los siguientes fundamentos, será carga del empleador probar que el motivo de extinguir la relación laboral por motivos objetivos y que no se ha sujetado por un motivo discriminatorio a la actividad sindical, mientras que la parte trabajadora deberá aportar solamente indicios razonables para sostener una relación causal entre la causa y el despido impugnado; para esto,

---

<sup>27</sup> El artículo 1° del Convenio 098° de la OIT dispone que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; asimismo, el artículo 2° indica que dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato y b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

<sup>28</sup> VILLAVICENCIO RIOS ALFREDO, "La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación", Edit. PLADES, Lima, 2010, Pág. 116



bastará con referirse que el propio TC -en el Exp. N° 08330-2006-PA- ha precisado:

*"El derecho a la libertad sindical implica el poder al trabajador para que por razones de su afiliación o actividad sindical no sufra menoscabo en sus derechos fundamentales, como puede ser la diferencia de trato carente de toda justificación objetiva y razonable entre trabajadores sindicalizados y trabajadores no sindicalizados. (...) Por ello, cuando se alega que un despido encubre una conducta lesiva del derecho a la libertad sindical, **incumbe al empleador la carga de probar que su decisión obedece a causas reales y que no constituye un acto de discriminación por motivos sindicales.** Para imponer la carga de la prueba al empleador, el demandante previamente debe aportar un **indicio razonable** que indique que su despido se origina a consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales", el cual fuera ratificado por la propia Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema al momento de sostener (conforme a las Casaciones N° 14150-2015-Callao y N° N° 12816-2015-Lima) que "El trabajador ha de probar uno o varios indicios (hechos indiciarios) de los que pueda deducirse una presunción no plena de la existencia de la lesión al derecho fundamental; al demandado para destruir esa presunción no plena, sólo le basta probar plenamente el carácter objetivo y razonable de la medida adoptada y asimismo la proporcionalidad de ésta (...)"*

**VIGESIMO QUINTO: El derecho a la libertad probatoria y a la prueba.-** El principio de libertad probatoria surge como contrapartida al principio de prueba tasada, propio del sistema inquisitivo, pues mediante el presente principio se deriva -a su vez- la obligación de todo magistrado de observar el principio de verdad material, dado que el mismo constituye uno de los fines del proceso. De ello, las partes podrán -mediante cualquier medio- constatar la certeza de sus argumentos dentro del proceso, siempre que no sea ilegal, pues en la estructura de un Estado Democrático de Derecho, la búsqueda de la verdad real es un objetivo que no puede estar por encima de los derechos fundamentales de las partes, de manera que, no se trata de una verdad a ultranza sino obtenida por vías legítimas, sometida a limitaciones y por ello, se dice que lo que se alcanza en un proceso garantista es una verdad eminentemente formalizada. Así, que en nuestro derecho constitucional, la doctrina afirma que el derecho a la libertad probatoria se parte del supuesto de quien acusa o demanda debe probar judicialmente su pretensión mediante la paridas de condiciones y oportunidades en función del derecho fundamental a la igualdad ya descrito<sup>29</sup>.

Ahora, en estricto, el derecho a la prueba es un derecho complejo conformado por diversos derechos constituyentes, dentro de los cuales se encuentra el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, que los mismos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la

<sup>29</sup> LANDA ARROYO CESAR, "La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 500.



sentencia; de esta manera, la valoración de la prueba deberá debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo o adecuadamente realizado<sup>30</sup>.

Asimismo, nuestro sistema constitucional ha definido que toda prueba, para ser valorada en el proceso, deberá reunir las siguientes características:

- 1) Veracidad Objetiva, en virtud de la cual la prueba debe reflejar de manera exacta lo acontecido en la realidad, ello para asegurar que el elemento probatorio se ajuste a la verdad y no haya sido manipulado.
- 2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual prohíbe la obtención, recepción y valoración de pruebas que vulneren derechos fundamentales o transgredan el orden jurídico.
- 3) La utilidad de la prueba, que verifica la utilidad de la prueba siempre que esta produzca certeza judicial para la resolución del caso.
- 4) Pertinencia de la prueba, según la cual la prueba se reputará pertinente si guarda relación directa con el objeto de procedimiento<sup>31</sup>.

**VIGESIMO SEXTO:** De esta forma, el Tribunal Constitucional ha delimitado el presente derecho, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 010-2002-AI/TC y N° 1014-2007-PHC/TC, al momento de señalar:

*"(...) En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (...) Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho (...) Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita(...)".*

En ese sentido, el tribunal ha reiterado que *"(...) Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y, específicamente, a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, (...) este Tribunal considera pertinente realizar un breve análisis acerca de la validez de las pruebas a la luz de los casos concretos que pudieran presentarse en el corto plazo (...) Al respecto es conveniente realizar la diferenciación*

<sup>30</sup> Ibidem, pág. 525

<sup>31</sup> Ibidem, pág. 526



*entre lo que son la fuentes de prueba y los medios de prueba (...) Pues mientras que las primeras son realidades extra procesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, sólo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales (...)"*

**VIGESIMO SETIMO: Del caso en concreto (Agravio N° 01).**- De los actuados, **la parte demandante** sostiene que la Judicatura ha incurrido en error y ha motivado inadecuadamente al momento de no concluir la falta de constitución de un despido nulo mediante la causal contemplada en el inciso a) del artículo 29° de la LPCL, pues se advierte que la parte demandante ha venido ejerciendo desde enero de 2018 la labor de representante sindical, al momento de ser designada en la Secretaría de Actas y Archivos; asimismo, indica que la primera instancia comete un error al sostener la validez de falta grave por injuria al empleador, pues tal manifestación se produjo durante un periodo de tensión y diversos reclamos realizados por el sindicato de trabajadores, tal como el ejercicio de derecho de huelga producido el 13 y 14 de febrero de 2018.

De ello, **el órgano jurisdiccional de primera instancia** ha considerado que se encuentra acreditado la imputación de cargos por parte de la actora, conforme se aprecia del acta notarial y demás documentos que ofrecen las partes como un medio probatorio, la misma que se encuentra relacionada con el faltamiento a la palabra verbal o escrita realizada a través de la cuenta de facebook en enero de 2017.

**VIGESIMO OCTAVO:** Ahora, de la revisión de los medios probatorios ofrecidos, este **Colegiado Superior** advierte que no existe controversia entre las partes al momento de establecer que la causal del despido ha sido la aplicación de los incisos a) y f) del artículo 25° de la LPCL, por cuanto si se aprecia la constatación del empleador de la cuenta de la demandante en la red social facebook y donde aparecen las siguientes manifestaciones:

*"CENCOSUD es una mierda" y "Donde la explotación es un placer jijijiji".*

De ello, dentro del primer término, si bien se apreciaría una manifestación de la trabajadora en contra de la parte demandada que podría señalarse como presuntamente injuriosa y cual constituiría una causal de falta grave; pero, este Colegiado Superior considera que deberá prevalecer la aplicación de los principios de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad sobre la sola tipicidad de la falta grave normada en el inciso f) del artículo 29° de la LPCL, por cuanto, si bien existe la obligación de sancionar cualquier acto injurioso que denigre la dignidad del empleador o los demás trabajadores, pero también existe la necesidad jurídica (desde una óptica constitucional) que el acto lesivo pueda ser individualizable en forma concreta conforme a su contexto social en



perjuicio de un interés subjetivo personal (proscribiendo la imposición de un despido sobre una injuria o insulto de carácter general, común, sin un identificación palpable a un individuo), por cuanto la conducta sancionatoria del empleador deberá guardar una estrecha relación con el principio de razonabilidad y proporcionalidad establecida por la jurisprudencia ordinaria y constitucional.

En efecto, de la revisión de diversas sentencias de la Corte Suprema de la República, tal como la desarrollada en la Casación N° 4400-2017-Lima, el máximo órgano jurisdiccional ha declarado en este extremo que:

*"(...) La injuria se suscita cuando mediante palabras verbales, escritas o a través de gestos, se afecta la dignidad de una persona, lo que conlleva a la vulneración del derecho al honor; no importando que los enunciados que afecten dicho derecho sean ciertos o falsos, pues lo que importa es el derecho que se ha visto mancillado por afirmaciones de terceros (...) Este Tribunal Supremo, de la verificación del contexto en donde se efectuó el comentario del accionante, advierte que **si bien se ha realizado una referencia de la "institución", no se ha señalado mayores elementos de identificación (nombres) que permitan individualizar al presunto agraviado o agraviados, como serían los miembros directivos que alega la demandada (...)** En efecto, solo se evidencian referencias generales que no conllevan a obtener a un destinatario claramente delimitado y sobre el cual recaería la afectación en su honor y dignidad; por el contrario, a esta indeterminación contextual del presunto agraviado con el comentario alegado como injurioso que sustentó el despido del demandante, este Supremo Tribunal considera que las sanciones disciplinarias debido a su naturaleza perjudicial a los **intereses subjetivos de las personas** deben ser aplicadas luego que su ocurrencia ha sido objetivamente acreditada, es decir, de manera expresa e inequívoca; situación que no se ha producido en el presente caso; por tanto, la decisión adoptada por la demandada **no evidencia un ejercicio razonable de la facultad sancionadora**, incurriendo en un despido arbitrario, resarcible mediante la indemnización legal establecida por las instancias de mérito (...)"*

**VIGESIMO NOVENO:** De ello, se advierte que los términos agraviantes realizado por la parte demandante no será suficiente para poder validar razonable y proporcionalmente la aplicación de la sanción denominada despido, por cuanto los mismos no se ha concretado sobre un individuo en específico o un grupo de individuos dentro de la empresa, al solamente denominarse en forma genérica el nombre comercial del empleador, en este caso CENCOSUD.

Asimismo, a pesar que el Tribunal Constitucional ha precisado que las personas jurídicas tienen el libre ejercicio de hacer respetar su derecho al honor y la buena reputación (conforme a lo precisado en el Exp. N° 4072-2009-PA/TC) al considerar que:

*"(...) Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar en una situación de indefensión*



*constitucional ataques contra la imagen que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, este Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección (...)"*

Este Colegiado Superior considera que, conforme al principio de razonabilidad, la falta grave por injuria al empleador solamente podrá ser considerada y validada, para efectos disciplinarios, cuando se encuentre dirigida solamente a un ciudadano específico y no sujeto a un contenido general; por cuanto aquella falta grave podrá limitar el abuso de un derecho de un trabajador al momento de denigrar el honor y la buena reputación de otro ciudadano que cumple funciones en representación o control por parte del empleador u labora para el propio empleador.

**TRIGESIMO:** Ahora, el hecho que la parte demandante haya tenido la condición de dirigente sindical en el cargo de Secretaría de Actas y Archivos desde el 12 de enero de 2018, conforme al registro de organizaciones sindicales - ROS del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo - MTPE, no se aprecia la constitución de un despido nulo por el ejercicio de la actividad sindical, puesto que, a pesar de no individualizarse el acto de injuria (descartándose consecuentemente el quebrantamiento de la buena fe laboral), pues la parte demandante no ha acreditado el nexo causal entre tales manifestaciones personales dentro del contexto de los reclamos colectivos de derechos laborales y de aparentes actos de hostilidad realizados por empleador contra un grupo de trabajadores para poder obtener renuncias voluntarias.

Así, al apreciar que tales comentarios de carácter general se han desarrollado dentro de un contexto que no guarda relación con el conflictivo de carácter colectivo aseverado por la parte demandante, se deberá otorgar una indemnización por despido arbitrario establecido en la propia NLPT, por cuanto se adiciona que el despido realizado por el empleador tampoco es proporcional, pues se aprecia que la emplazada ha tenido la posibilidad de emplear medidas sancionatorias menor gravosas que el propio despido, más aún si no se advierte que la parte demandante haya tenido antecedentes o haya cometido faltas graves previas que hayan sido sancionados por empleador dentro del propio conflicto originado en tales meses previos al despido.

En consecuencia, se podrá apreciar la configuración (conforme a los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad) un despido arbitrario; así se procederá a realizar la si siguiente liquidación:

Conceptos	Cantidad
Rem básica	1,069.00
Bonificación por Transporte	70.00
Asignación por riesgo al cargo	120.00
Asignación Familiar	306.50
Bono de Productividad	900.00



Gratificación	275.91
Rem Computable	1,655.50
Indemnización total (12 rem)	19, 866.00
Total	<b>19,866.00</b>

Por estas consideraciones, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo revocarse el extremo de la sentencia impugnada y, reformándola, se deberá declarar fundada la demanda, ordenando una indemnización por despido arbitrario ascendente a la cantidad de S/. 19,866.00 , el cual es consecuencia necesaria de la tutela del derecho vulnerado.

### III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación.

#### HA RESUELTO:

**1.- REVOCAR** la Sentencia N° 60-2019-14JLL contenida mediante Resolución N° 03, de fecha 07 de marzo de 2019, en el cual se declaró infundada la demanda por la constitución de un Despido Nulo y ordenando el archivo definitivo del proceso; y reformándola, se declara **FUNDADA** la demanda, ordenando una indemnización por despido arbitrario ascendente a la cantidad de S/. 19,866.00 (Diecinueve mil Ochocientos sesenta y seis con 00/100 Soles).

En los seguidos por **LAURA LOPEZ JIMENEZ** contra doña **CENCOSUD RETAIL PERU S.A.**, sobre Reposición por Despido Nulo; y los devolvieron al juzgado de origen.-

**LJBB**