



Exp. N° 09744-2019-0-1801-JR-LA-18

SENTENCIA DE VISTA

EXPEDIENTE ELECTRÓNICO

**EXPEDIENTE N°** : 09744-2019-0-1801-JR-LA-18  
**DEMANDANTE** : ROSA ROCIO ORTIZ CERNA.  
**DEMANDADO** : TOURING Y AUTOMOVIL CLUB DEL PERÚ  
**MATERIA** : Reposición y otros.  
**JUZGADO DE ORIGEN** : 18° JUZGADO ESPECIALIZADO DE TRABAJO PERMANENTE DE LIMA.  
**VISTA DE CAUSA** : 24.06.2021

**Sumilla:**

"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."

Señores:

YANGALI IPARRAGUIRRE  
**VÁSCONES RUÍZ**  
GONZÁLEZ SALCEDO

Lima, trece de julio del año dos mil veintiuno.-

**I. VISTOS:**

Habiendo analizado la causa, conforme lo prescriben los Artículos 131° y 133° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este Colegiado integrado por los señores Jueces Superiores: Yangali Iparraguirre, **Váscones Ruíz**, quien interviene como ponente, y González Salcedo emiten la siguiente decisión judicial:

**II. FUNDAMENTOS.**

**2.1. RESOLUCIÓN APELADA:**

❖ **Vino en revisión:**

✚ **Por apelación de la parte demandada**<sup>1</sup>, concedida mediante Resolución N° 92, contra:

<sup>1</sup> Ver página 266 a 274 del Expediente Judicial Electrónico.



La **Sentencia N° 056-2021-18°JETL,<sup>3</sup>** contenida en la **Resolución N° 8, de fecha 19 de marzo del 2021,** que declara:

**FUNDADA** la demanda interpuesta por **ROSA ROCIO ORTIZ CERNA** contra **TOURING Y AUTOMOVIL CLUB DEL PERÚ** sobre nulidad de despido; por lo tanto, se **Ordena:**

1. Cumpla la demandada con reponer al actor en el puesto que venía desempeñándose hasta antes del 01 de abril de 2019, fecha de su cese.
2. Cumpla la demandada con pagar las remuneraciones devengadas, los cuales serán liquidadas en ejecución de sentencia.
3. Se declara la nulidad de la Carta de fecha 01 de abril de 2019, mediante el cual cesan a la demandante.
4. Pagar las costas y costos del proceso los mismos que junto a los intereses serán calculados en ejecución de sentencia.

## **2.2. ARGUMENTOS DE LA APELANTE:**

### **❖ La parte demandada alega que:**

#### **1. Falta de congruencia:**

Existen situaciones patológicas que generan contravención al principio de congruencia, como son, el pretender **aplicar de manera retroactiva**, los alcances del Tercer Punto del II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral, llevado cabo el 09.oct.20, a una situación específica y puntual (el cese de la demandante por retiro de confianza) ocurrida el 1°.abr.19; es decir un año y 6 meses antes de la vigencia del citado Pleno Jurisdiccional.

En consecuencia, si el retiro de confianza de la demandante durante su período de lactancia ocurrió el 1°.abr.2019, no es congruente que la sentencia apelada cuestione dicha decisión y concluya que la misma “*no resulta aplicable cuando de los hechos se advierte que el cese se debió a la situación de estado de embarazo o período de lactancia en la que se encontraba la madre trabajadora*”, como lo plantea el II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral.

No es congruente que se aplique retroactivamente los alcances del II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral, del 09.oct.20, a una situación ocurrida el 1°.abr.19.

<sup>2</sup> Ver página 277 a 278 del Expediente Judicial Electrónico.

<sup>3</sup> Ver página 120 a 137 del Expediente Judicial Electrónico.



Por lo tanto, no resulta arreglado a derecho que la sentencia apelada pretenda aplicar los alcances del Punto 3 del II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral y Procesal Laboral, acordado el 09.oct.20, a una situación (el cese por retiro de confianza de la demandante) ocurrido con 1 año y 6 meses de anticipación.

En el caso de la demandante, conforme ha quedado corroborado a lo largo del presente proceso y de la sentencia apelada, al momento de su cese por retiro de confianza, la demandante **no estaba en estado de gestación, no era una “madre gestante”**. Estaba gozando de su derecho a la **lactancia materna**, derecho que le permitía desempeñar sus labores con habitualidad con el beneficio de gozar de una hora destinada a dar de lactar a su menor hijo.

En este sentido el referido Pleno Jurisdiccional **no es vinculante** (artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial-LOPJ) pues no se trata de un pleno casatorio (art. 400° del Código Procesal Civil y 40° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo) ni tampoco de pronunciamientos emitidos al amparo del artículo 22° de la LOPJ, por lo que esperamos que el Superior Jerárquico no comparta lo establecido en el referido Pleno por ser manifiestamente inconstitucional.

## **2. INEXISTENCIA DE MOTIVACIÓN O MOTIVACIÓN APARENTE**

Con relación al “despido nulo” reclamado por la demandante, y como consta en la sentencia apelada, el Juzgado ha decidido unilateralmente, y en forma contraria al debido proceso, revisar, analizar y evaluar si la carta de cese por retiro de confianza de fecha 1°.abr.2019 cursada a la demandante califica como un despido nulo, **por razón del sexo**.

Es decir, la sentencia apelada realiza una motivación aparente y fundamenta su decisión en una ejecutoria (Expediente N° 5652-2007-PA/TC) emitida por el Tribunal Constitucional, que trata sobre el DESPIDO NULO POR DISCRIMINACIÓN POR SEXO de una trabajadora EMBARAZADA (inciso **d**, art. 29°, LPCL), para concluir que -en el caso de la demandante- ha habido un despido nulo por razón de lactancia (inciso **e**, art. 29°, LPCL).

En la sentencia apelada se asume que la demandante, al momento de su cese, tenía “protección contra el despido arbitrario”, lo cual no solo no es verdad (debido a que estaba en período de prueba) sino que, además, no es materia de litis determinar si el despido de la trabajadora fue “arbitrario”, sino “nulo”.

Además, la sentencia apelada, en una “motivación aparente”, acude al argumento antes indicado para concluir que la demandante solo podía ser cesada por comisión de falta grave, condena penal por delito doloso o por inhabilitación.

Nuevamente, debemos ratificar que el cese de la demandante no fue un despido y, por tanto, no resulta aplicable la presunción del inciso e) del art. 29° de la LPCL.



En efecto: la demandante cesó por una causa justa prevista en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, en el cual se determinó, que el personal que ocupa cargos de confianza desde el inicio de sus labores (como era el caso de la demandante), carece del derecho a percibir la indemnización por despido arbitrario, en caso la confianza les sea retirada y por ende cesados.

### III. ANÁLISIS DEL CASO:

#### • De los límites de las facultades de este Colegiado al resolver el recurso de apelación:

- 3.1.** De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, 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.
- 3.2.** Los principios dispositivo y de congruencia procesal que rigen el recurso de apelación, significa que este órgano superior revisor, al resolver la apelación, deberá pronunciarse sólo sobre aquellas alegaciones (pretensiones o agravios) invocados por el impugnante en su recurso, estando impedido de modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que exista apelación o adhesión de la otra parte.

#### **3.3. Antecedentes:**

#### ❖ Desarrollo del proceso en el Juzgado de Primera Instancia.

#### **3.4. La parte demandante solicita en la demanda:**

##### **PRETENSION PRINCIPAL:**

Se ordene la REPOSICION DE LA DEMANDANTE AL PUESTO DE TRABAJO que venía ocupando mientras laboraba para la demandada en virtud de que se ha configurado un supuesto de DESPIDO NULO.

##### **PRETENSIONES ACCESORIAS:**

Pretensiones accesorias las siguientes:

1. Nulidad de la Carta de fecha 01.04.19, a través de la cual le comunican que al ocupar un puesto que califica como de confianza, la empresa había optado por retirarle la confianza a la demandante.
2. El pago de las remuneraciones devengadas originadas por todo el tiempo que dejará de laborara causa del Despido Nulo.

Asimismo, solicito;

- Los intereses legales.
- Lo expresa condena de costos y costas.



3.5. En tanto el demandado contesta la demanda.

3.6. La sentencia se declaró **Fundada la demanda**, extremo que no está de acuerdo la parte demandada, razón por la cual apela.

❖ **Aspecto controvertido en apelación.**

3.7. Como se desprende del recurso de apelación<sup>4</sup>, debe verificarse si corresponde la reposición de la parte demandante.

❖ **CONSIDERACIONES DEL COLEGIADO RESPECTO DE LO ALEGADO EN EL RECURSO DE APELACIÓN.**

- **Falta de congruencia (Primer agravio) y INEXISTENCIA DE MOTIVACIÓN O MOTIVACIÓN APARENTE (Segundo agravio)**

✦ **En cuanto al debido proceso y falta de motivación:**

3.8. En relación a la debida motivación de las resoluciones judiciales; es preciso mencionar que, el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, 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>5</sup>.

3.9. 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 fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa<sup>6</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.

3.10. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Chocrón vs. Venezuela, fundamento 118 de la sentencia del 1 de julio de 2011, ha establecido lo siguiente: “... la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido que la **motivación** es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber

<sup>4</sup> Ver página 266 a 274 del Expediente Judicial Electrónico.

<sup>5</sup> LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 532.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pág. 532



de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las 'debidas garantías' incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso."

**3.11.** En la jurisprudencia nacional, el Tribunal Constitucional –Órgano de Control Máximo de la Justicia en el Perú- ha establecido que: *"El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional."*<sup>7</sup> En ese mismo sentido, el citado Tribunal ha precisado: *"que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico."*<sup>8</sup>

**3.12.** El Tribunal Constitucional (TC), estableció el contenido esencial del principio de la motivación de las resoluciones judiciales, en la sentencia recaída en el **Exp. N° 03943-2006-PA/TC**<sup>9</sup>, refiriendo las siguientes hipótesis de vulneración:

- a) **Inexistencia de motivación o motivación aparente;** que se presenta cuando existe ausencia total de motivación o justificación o cuando la expresada no guarda coherencia o congruencia alguna con las situaciones fácticas o jurídicas contenidas en la resolución.
- 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

<sup>7</sup> Sentencia de fecha 27 de junio de 2011, recaída en el Exp. N° 01807-2011-PA/TC (Fundamento 10).

<sup>8</sup> Sentencia de fecha 13 de octubre de 2008, recaída en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC (Fundamento 7, inciso a).

<sup>9</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.html>



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 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 resultan manifiestas 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 vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). 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.

**3.13.** La motivación de las resoluciones judiciales, principio y derecho de la función jurisdiccional, ha sido también recogida en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inciso 6) del artículo 50° e inciso 3) del artículo 122° del Código Procesal Civil, cuya contravención origina la nulidad de la resolución, conforme lo disponen las dos últimas normas adjetivas señaladas. Es esencial en los fallos, ya que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima su pedido, ya que a través de su aplicación efectiva se llega a una recta administración de justicia.

**3.14.** Cabe de precisar que de conformidad con el Art. 31 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal de Trabajo, con relación al contenido de la sentencia, se señala que: “El juez recoge los fundamentos de hecho y de derecho esenciales para motivar su decisión. La existencia de hechos admitidos no enerva la necesidad de fundamentar la sentencia en derecho. La sentencia se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de



defensa propuestos por las partes y sobre la demanda, en caso de que la declare fundada total o parcialmente, indicando los derechos reconocidos, así como las prestaciones que debe cumplir el demandado. (...)"

- 3.15.** En cuanto a la falta de motivación de la recurrida, señalada por el apelante, se debe tener en cuenta lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC en cuanto que definió los alcances de la motivación, como:

*"(...) 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. Sin embargo, 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."*

- 3.16.** En consecuencia, la motivación está orientada a que el Juez proceda a enunciar los fundamentos fácticos y jurídicos que lo llevaron a adoptar una determinada decisión, haciendo un análisis de los medios probatorios aportados en el proceso.
- 3.17.** En conclusión, conforme se ha mencionado inicialmente, el inciso 5° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, reconoce como derecho y principio de la función jurisdiccional al **Principio de Motivación de las Resoluciones Judiciales**, que impone a los Magistrados el deber de fundamentar tanto fáctica como jurídicamente sus decisiones jurisdiccionales, a fin de posibilitar que los justiciables tengan acceso al razonamiento lógico jurídico empleado en la solución de la controversia de la que forman parte, disipando cualquier matiz de arbitrariedad o subjetividad en su resolución.
- 3.18.** Siendo ello así, que una decisión le sea adversa a una de las partes o hayan existido errores y omisiones, no implica que necesariamente la resolución no se encuentre debidamente motivada; más aún si estos pueden ser válidamente subsanados en segunda instancia, tal y conforme lo ha señalado de manera reiterada el Tribunal Constitucional.

#### ✚ LA PROTECCION CONSTITUCIONAL CONTRA UN DESPIDO ABUSIVO

- 3.19.** Respecto tal extremo, 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.



**3.20.** 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- el 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(...)".

**3.21.** 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.

**3.22.** 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".*

- 3.23.** 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.



**3.24.** 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.

**3.25.** En consecuencia, el artículo 34° de la citada norma indica que si el despido es declarado ilegal o inconstitucional por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tendrá derecho al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones o a la reposición al puesto de trabajo a su libre elección.

**RESPECTO A LA PROTECCION LEGAL Y CONSTITUCIONAL A LA MADRE GESTANTE - TRABAJADORA ANTE UN DESPIDO NULO**

**3.26.** 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."*

**3.27.** 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>10</sup> e internacional; por cuanto el artículo 23° de nuestra propia Constitución Política ha reconocido de manera expresa que *"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"*.

- 3.28.** 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.
- 3.29.** 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"*.
- 3.30.** 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.
- 3.31.** Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, de fecha 27 de diciembre de 2017, se señala:

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

<sup>10</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"*.



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

(Subrayado y negrita nuestro)

3.32. En el II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral y Procesal Laboral, de fecha 9 de octubre de 2020, en el tercer tema señala:

**Tema 3: La reposición laboral de las trabajadoras gestantes que ostentan cargo de confianza**

¿Corresponde la reposición laboral de las trabajadoras gestantes que poseen cargo de confianza?

**Ponencia ganadora:** Si procede la reposición laboral de la madre gestante que ostenta un cargo de confianza por cuanto las mujeres en esta condición del embarazo e incluso hasta la lactancia gozan de una protección especial que le otorga la Ley, la Constitución y las normas internacionales, las que no hace distinción alguno del cargo, nivel o categoría que ocupa en el centro laboral. Razón por la que el retiro de la confianza de una trabajadora en estado de gestación transgrede las normas y principios que las sustentan.

✦ **LA PROTECCION A NIVEL INTERNACIONAL DE LA MADRE FRENTE A UN DESPIDO**

3.33. Ahora, si bien es verdad que nuestra legislación nacional y la jurisprudencia nacional ha señalado que la presente causal solamente se configurará cuando la madre gestante o trabajadora sea cesada de su puesto de trabajo y sin mediar una causa objetiva; también se deberá analizar con criterio de conciencia que tal protección especial a la madre trabajadora se encuentra sustentada en convenios y garantías internacionales ratificadas por la Organización Internacional del Trabajo - OIT y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues el sistema internacional actualmente se tutela una protección a la madre trabajadora, a través de la expedición de informes por parte de la Comisión de Expertos y una relación entre los diversos convenios ya suscritos por los Estados miembros y la finalidad de proteger a la trabajadora y erradicar tales actos abusivos.

3.34. Así, la Comisión de Expertos (en aplicación de convenios y recomendaciones preexistentes) ya ha definido la protección de la madre trabajadora como una tutela especial en función del sexo y la protección al menor; para ello, a través del Convenio N° 111 sobre la discriminación, empleo y ocupación de 1958, se prohibió (entre otros) la discriminación con motivo de sexo en el empleo y la ocupación (artículo 1°); asimismo, en 1985 la Conferencia Internacional del Trabajo - CIT aprobó la resolución sobre igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores en el empleo, en la que se acordó que la discriminación dentro del trabajo deteriora las condiciones de los



empleados en relación a las perspectivas de empleo - promoción, y se abogará por la incorporación de medidas para combatir tal modalidad denigratoria. Además, el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales; por el cual, de la revisión del artículo 20°, se dispuso que los gobiernos deberán adoptar medidas para evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas y los demás trabajadores, en particular para garantizar que los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades, trato para hombres y mujeres en el empleo.

**3.35.** Por lo que, en un sentido estricto, el Estado Peruano ha ratificado recientemente el Convenio sobre la Protección de la Maternidad, 2000, N° 183 de la OIT<sup>11</sup>, por el cual el sistema internacional prohíbe al empleador el despido de una mujer embarazada, durante una licencia o después de haberse reintegrado al trabajo durante el periodo que determinase la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia.

**3.36.** A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el inciso 1) del artículo 1° de la Convención Americana vigente desde 1978, dispuso que los Estados:

*“Se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

En donde el inciso 1) del artículo 5° sienta un principio de carácter fundamental, esto es:

*“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.*

**3.37.** Para ello, los artículos 3° y 5° de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, vigente desde 1981, dispuso que los Estados miembros deberán tomar las medidas apropiadas para asegurar el desarrollo de la mujer (aún más de la madre trabajadora), con el objeto de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos en igualdad de condiciones con el hombre; con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias que se encuentren basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los

<sup>11</sup> A través del informe denominado *“El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”* realizado por la Organización de los Estados Americanos - OEA, Ser. L/V/II.143, Documento N° 59, 2011, se concluye que el Convenio N° 183 prohíbe al empleador despedir a la mujer embarazada, que se encuentre en una licencia de maternidad o luego de haberse reinsertado al trabajo durante cierto periodo; pues el derecho al trabajo esta igualmente reconocido en instrumento internacionales.



sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Para ello, ya el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General N° 19 (1992) ha reconocido el acoso sexual como una forma de discriminación y de violencia de género, criterio ratificado por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena de 1995.

- 3.38.** En ese sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención “*Belem Do Para*”) ha precisado expresamente, mediante la revisión del artículo 1°, que se deberá entender como violencia contra la mujer “*Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”, en donde se incluirá, entre otras, la que tenga lugar en la comunidad, comprendiendo el acoso sexual en el lugar de trabajo así se sienta como principio fundamental que las mujeres tendrán derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, lo cual comprenderá su derecho a ser libres de toda forma de discriminación.
- 3.39.** Asimismo, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado “Protocolo de San Salvador”<sup>12</sup>, los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos acordaron que todo ciudadano tiene derecho a la estabilidad en el empleo, en donde -en caso de despido injustificado- la trabajadora tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo; en donde -a un propio nivel internacional- no se podrá restringir o menoscabar (artículo 4°) ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado.
- 3.40.** Con ello, los órganos supervisores a nivel internacional, OIT así como la Organización de la Naciones Unidas- ONU, han concluido que toda disminución legal o fáctica que limite la protección en el empleo de las madres trabajadoras será objeto de tutela a nivel continental, pues el despido por causa del embarazo, gestación, parto o lactancia será una amenaza grave que vulnera fehacientemente garantías mínimas y derechos fundamentales dentro de una relación laboral, más aún en el Despido.
- 3.41.** En consecuencia, para poder delimitar el nivel de protección dentro del ámbito internacional, este Colegiado Superior asume las conclusiones vertidas en el informe expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado “*El Trabajo, la Educación y los Recursos de las Mujeres: La ruta hacia la igualdad en la*

<sup>12</sup> El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” establece que los Estados se comprometen a adoptar medidas necesarias dentro del orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.



garantía de los derechos económicos, sociales y culturales"<sup>13</sup>, mediante el cual el sistema interamericano exige que los Estados miembros no solo se abstengan de discriminar o tolerar formas de discriminación en el ámbito laboral, pues también deberán **generar condiciones que faciliten la reinserción y permanencia de las mujeres en este ámbito**; el cual posee una plena concordancia con el artículo 11° de la Convención CEDAW, pues este acuerdo continental reitera 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.

- 3.42.** De esta manera, la presente protección de carácter internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal y constitucional de la madre trabajadora en los casos de despido abusivo o ilegal, pues la misma se enfocará necesariamente 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.**

✦ **EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION DESDE UNA PERCEPCION DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

- 3.43.** 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 que:

*"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".*

- 3.44.** 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

<sup>13</sup> COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales", Organización de los Estados Americanos - OEA, Ser. L/V/II.143, Documento N° 59, 2011, Pág. 30 a 60



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.

**3.45.** 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>14</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.

**3.46.** Por tal razón, la definición dada en los instrumentos de la OIT en 1958<sup>15</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) 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

<sup>14</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>15</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).



referencia a un criterio discriminatorio pero que, en las circunstancias en que se aplican, conducen a una desigualdad de oportunidades o de trato<sup>16</sup>.

**3.47.** 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 en materia remunerativa, 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 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.)*".

**3.48.** 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

<sup>16</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.



*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".*

- 3.49.** Con tal razón, la presente protección de carácter internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal y constitucional de la madre trabajadora (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 de los incisos d) y e) 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.**

#### ✚ DE LA PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

- 3.50.** El principio constitucional del Interés Superior del Menor se encuentra reconocido a nivel nacional e internacional, por el cual los menores (desde su concepción) tendrán el pleno derecho a acceder a políticas públicas implementadas por los poderes el Estado, los cuales les permita desarrollarse sin considerar una edad base, pues tal acceso equitativo a diversas políticas públicas o derechos les permitirá ejercitar capacidades y facultades jurídicas y reforzarlas con los conocimientos provenientes del hogar y los demás centros sociales otorgados por el Estado.
- 3.51.** En efecto, a través del Exp. N° 02132-2008-PA/TC el cual tiene como antecedente al Exp. N° 003744-2007-PHC/TC, el propio Tribunal Constitucional ha partido de la premisa por el cual *"(...) El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental, en cuanto establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...) Tal contenido (...) Es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990 (...) Mediante Ley N.º 25302 (...) se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño (...)"*.
- 3.52.** De esta manera, en base a la definición descrita, el propio TC ha sostenido expresamente que *"(...)El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su*



*dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales (...) El hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas. Ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes (...)"*

- 3.53.** En ese sentido, considerando que el nivel de protección de la madre trabajadora gestante se encuentra en una estricta relación con la prevalencia del principio constitucional del interés superior del menor, al momento de establecer el nivel de garantías mediante el cual se podrá sustentar su desarrollo y supervivencia, se podrá apreciar que la figura jurídica legal denominada cargo de confianza se deberá analizar razonablemente y en forma conjunta con las consecuencias originadas con el cese de la relación laboral, al observarse una evidente afectación progresiva del desarrollo del menor ante la pérdida del puesto de trabajo o los efectos económicos en su manutención; caso contrario, **el hecho de considerar que una madre trabajadora no goce ninguna protección contra un Despido Abusivo por el hecho que ha ostentado un cargo de confianza, conllevaría a vaciar de contenido la protección constitucional reconocido en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, la norma especial interna, los convenios y tratados internacionales ya referidos en la presente fallo y el cual el Estado Peruano se encuentra adherido.**

#### LA CATEGORIA DE TRABAJO POR CARGO DE CONFIANZA

- 3.54.** Preliminarmente, no ha existido un consenso definitivo para poder identificar a este tipo de trabajador, pues han existido diferentes parámetros para poder obtener tal resultado<sup>17</sup>, por ello, en las legislaciones de Trabajo, se ha nombrado varias veces -*sin definirlos*- a aquellos que han ocupado cargos de directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan actos de administración; excluyéndoles de esta manera de los convenios colectivos y demás protecciones sociales.

<sup>17</sup> MIGUEL CANTON MOLLER, "El Contrato de Trabajo de Confianza", Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali, Edit. Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 1979, el autor, además, menciona que cuando se establecía como causal para la terminación del contrato de Trabajo de quienes ejercen labores de dirección, fiscalización y vigilancia, era la pérdida de confianza y, consiguientemente, se excluía de la posibilidad por su calidad de representantes del patrón, para ingresar en el sindicato de los demás trabajadores, criterio abiertamente debatible, puesto que solo se considera el ámbito meramente subjetivo sin tomar en cuenta las propias condiciones del trabajo, es decir, la finalidad y la estructura propia de la labor, estos criterios serán desarrollados más adelante.



**3.55.** Además, ante una aparente contradicción sobre su reconocimiento como trabajadores o como sujetos independientes<sup>18</sup>, actualmente **nuestra legislación ha definido al personal de confianza (en los artículos 43°<sup>19</sup> y 44°<sup>20</sup> del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR) como aquellos que poseen un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea a desempeñar para hacer presentes los intereses del empleador<sup>21</sup>**, pues la confianza es una relación especial en razón a la representación general del empleador frente a los trabajadores, siempre observando que se cumplan debidamente los intereses de la empresa y la competencia profesional de cada trabajador<sup>22</sup>; de esta manera, en nuestro sistema jurídico nacional, el concepto de trabajador de confianza se relativizará a cada caso en concreto, pues su diferencia no se sujetará a un tipo de trabajador, sino por la responsabilidad y la función desempeñada.

**3.56.** En tal sentido, actualmente la jurisprudencia ha reiterado que el cargo de confianza de un trabajador no se sustentará en un criterio meramente subjetivo o de análisis objetivo de cada puesto en una empresa, sino de una peculiar condición en la que el trabajador se vincule a cada ambiente productivo; con ello, conforme a la modalidad de ingreso al cargo se determinará el tipo de protección a aplicar, pues solamente existirá -conforme a los recientes fallos judiciales y acuerdos plenarios en materia laboral- una tutela jurídica si el acceso al cargo de confianza se produjo a través de la promoción o ascenso y no en aquellos supuestos en donde se haya nombrado el cargo de confianza en forma directa, pues el cese de cargo de confianza no conllevará a la configuración de un despido arbitrario, ni mucho menos a una indemnización.

**3.57.** En efecto, el Tribunal Constitucional ya ha señalado desde hace varios años - tal como lo descrito en el Exp. N° 03501-2006-PA/TC- que:

<sup>18</sup> En efecto, existía un amplio debate sobre cuáles eran los criterios para considerar a un prestador como trabajador, para tal efecto, MARIO DE LA CUEVA, citado por NESTOR DE BUEN, *“Derechos del Trabajador de Confianza”*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 15, en la que consideraba que aquellos sujetos eran altos empleados, concluyendo que no eran trabajadores y que la designación de un director o de un gerente se asemeja a la de un profesional liberal fundada en razones *“intuitu personae”*, causales para relativizar la jornada como la forma de pago; para el autor JESUS CASTORENA, cit. por Moller, sostenía que entre el patrón y su personal de confianza no existía un Contrato de Trabajo, sino un mandato, en tanto que los actos de servicio del mandatario sirven al objeto del contrato, mientras que los del trabajador son el objeto de la relación jurídica.

<sup>19</sup> El artículo 43° de la LPCL claramente ha prescrito que los trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.

<sup>20</sup> El artículo 44° de la LPCL dispone de forma expresa que todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo 43°. Asimismo, regula que en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación. El Reglamento precisará la forma y requisitos para su calificación como tales, así como los demás elementos concurrentes.

<sup>21</sup> NESTOR DE BUEN, *“Derechos del Trabajador de Confianza”*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 15

<sup>22</sup> MANUEL ALONSO GARCIA, *“Curso del Derecho del Trabajo”*. Edit. Ariel, 1981, pág. 148



"(...) A nivel doctrinario, existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general(...) Este Colegiado (...) estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como:

- a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.
- b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad. (...)

Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza", valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos".

De esta manera, en caso del cese de la confianza por parte del empleador, la propia jurisprudencia constitucional ha precisado tal pérdida subjetiva conllevará a la extinción de una relación laboral -en caso se ingrese en forma directa a tal cargo- sin opción a una reposición al puesto de trabajo, pues "Este Colegiado (...) estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como: (...) f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva.

**El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.(...)"**

**3.58.** Asimismo, en lo que respecta a la indemnización por despido arbitrario, si bien es verdad que anteriores criterios jurisdiccionales sustentaban la viabilidad de otorgar una indemnización por no haberse renovado la confianza, también se encuentra acorde a Derecho que la propia Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha variado sustancialmente tal criterio, al precisar en forma expresa, tal como lo señalado en la Casación N° 18450-2015-Lima, que "(...)Al respecto cabe señalar que la regla tratándose de los trabajadores de confianza es en sentido inverso, es decir, si el vínculo contractual se extingue por el retiro de confianza



*no habrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, siendo que por excepción ello será posible en los casos en que estemos frente a trabajadores cuya «relación laboral sea mixta», es decir hayan sido trabajadores comunes y luego promovidos a cargos de confianza, en cuyo caso el retiro de confianza no puede ni debe extinguir el vínculo contractual, sino que debe dar lugar a que el trabajador retorne al puesto de trabajo «común». Y si se le despide, con motivo del retiro de la confianza, del cargo de confianza y del cargo «común» entonces sí correspondería no solo la reposición en el cargo «común», o la indemnización por despido arbitrario».*

**3.59.** Tan cierto es lo afirmado que el Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de la Lima (NLPT) del año 2017 ha acordado que *"No corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme el segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Supremo N°003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N°728, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación"*, puesto que se ratifica la posición por el cual la terminación del vínculo laboral que tiene como motivo o causa el retiro de confianza del empleador no supone un despido arbitrario, pues dichas particularidades subjetivas (propias de los trabajadores de confianza) determinan que no corresponda otorgar indemnización por despido arbitrario, pues el retiro de confianza es una situación especial que extingue el contrato de trabajo de naturaleza subjetiva.

**3.60.** Además, es preciso señalar que recientemente la propia Corte Suprema de la República ha expedido el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, mediante el cual las Salas Constitucionales y Sociales han concordado por unanimidad la siguiente conclusión:

*"Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, **no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza.** Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando le propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo".*

**3.61.** Ahora, ante la evidente colisión de las presentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tratamiento legal del cese de la relación laboral por el retiro de la confianza y la protección especial de la madre trabajadora, este órgano jurisdiccional aprecia que, si bien es verdad actualmente existe el criterio interpretativo mayoritario por el cual no se podrá otorgar una indemnización o reposición (mediante un ingresado en forma directa al puesto de cargo de confianza) por la causal de cese de confianza por parte del empleador, pero se deberá preservar



las garantías especiales establecidas en el sistema internacional y continental sobre tales aspectos, al tener el mismo nivel jerárquico de nuestra Carta Magna.

- 3.62.** En ese sentido, este Colegiado Superior asume la postura por el cual **la categoría denominada trabajador de confianza no podrá equipararse a nivel constitucional e internacional- con la protección especial a la madre trabajadora, pues el sistema internacional no ha contemplado el condicionamiento de la tutela restitutoria (reposición) por la condición de madre gestante o en período de lactancia con la situación especial de la confianza**, pues -se reitera- **ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado**, tal como lo reconoce el 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 este acuerdo continental reitera 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.
- 3.63.** En efecto, la presente protección de carácter internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal y constitucional de la madre trabajadora (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 aplicación legal de la figura del cese por el retiro de la confianza o el criterio asumido por la Corte Suprema en la Casación N° 4396-2017-Lima<sup>23</sup>), pues la misma se enfocará necesariamente 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 en período de lactancia.**

**CASO EN CONCRETO:**

**Finalidad del proceso y carga probatoria.**

- 3.64.** La finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, a tenor de lo previsto en el

<sup>23</sup> En la Casación N° 4396-2017-Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha referido que los trabajadores comunes u ordinarios gozan de estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos sino por una causa prevista en la Ley, mientras que los trabajadores que sumen un cargo de confianza, están supeditados a la "confianza" de su empleador, por lo que el retiro de la misma constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave que son objetivos; en ese sentido, se concluye que se ha incurrido en una interpretación errónea del artículo 27° de la Constitución Política del Perú.



artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y dentro de un debido proceso, como una garantía constitucional, debiendo resaltar que la carga de la prueba en materia laboral, conforme a lo previsto en el artículo 23.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales:

*23.3 Cuando corresponda, si la demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: (...) b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.*

*23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.; c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido.*

*23.5 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*

*Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes”.*

**3.65.** Es necesario para tal propósito, al no existir medio probatorio alguno que acredite directamente que esa fue la voluntad de la demandada, recurrir a los sucedáneos de los medios probatorios, especialmente los indicios, según el artículo 23.5 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley 29497<sup>24</sup> que contempla la figura; es decir, aquellos actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, que adquieren significación en su conjunto y que conducen al Juez a la certeza o convicción en torno a un hecho relacionado con la controversia; y que, en el proceso laboral, están constituidos, entre otros, por las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes; para cuyo efecto, también es de tenerse en cuenta el principio de **facilitación probatoria**, desarrollado tanto a nivel Jurisprudencial como doctrinario se ha desarrollado por el cual se exige al trabajador demandante que acredite “la existencia de indicios de los que se deduzca suficientemente que efectivamente se

<sup>24</sup> **23.5** En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. **Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.**



puede haber producido una violación de derechos fundamentales, y en base a los cuales se presumirá que así efectivamente ha ocurrido”<sup>25</sup>

- 3.66.** Siendo así, es necesario resaltar que la carga de la prueba en materia laboral, conforme a lo previsto en el artículo 23.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales y conforme con lo dispuesto en su artículo : “23.3 Cuando corresponda, **si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: (...) b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido**”.

**Con relación al retiro de la confianza.**

- 3.67.** La parte demandada alega que la demandante cesó por causa justa prevista en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, en el cual se determinó, que el personal que ocupa cargos de confianza desde el inicio de sus labores (como el caso de la demandante) carece del derecho de percibir la indemnización por despido arbitrario, en caso la confianza les sea retirada y por ende cesados.
- 3.68. De la revisión de la Carta Notarial de fecha 1 de abril de 2019,<sup>26</sup> la parte demandada señala que:**

**"(...) ha decidido dar por concluido su contrato de trabajo que había iniciado el pasado 02may2017 y por el cual usted ocupa la posición de Jefe de Tesorería, puesto calificado como de "confianza". La decisión obedece a que nuestra institución ha dispuesto retirarle la confianza que le fuera dispensada en virtud al siguiente récord de medidas disciplinarias impuestas:**

**1.- Amonestación escrita.**

Fecha:

07feb2018.

Inconducta:

Incumplimiento negligente e inexcusable de sus obligaciones de trabajo.

Hechos:

No efectuó la validación correspondiente al ejecutar el pago de los tickets de la “AFP PRIMA”, “pagó” el mismo ticket por dos instituciones bancarias.

**2.- Suspensión de un (01) día.**

Fecha:

19jul2018.

Inconducta:

Incumplimiento negligente e inexcusable de sus obligaciones de trabajo.

Hechos:

Presentar arqueos de recibos de control interno de las distintas áreas del TACP en forma incompleta, no habiendo tomado como base la información original del área de “almacén” sino de aquella que le fue proporcionada por los propios usuarios de dicho recibos, lo que generó un arqueo que no refleja la situación real del nivel de control de los mencionados recibos en la Institución.

**3.- Amonestación escrita**

Fecha:

02ago2018.

Inconducta:

Incumplimiento negligente e inexcusable de sus obligaciones de trabajo.

Hechos:

No preparó oportunamente el pago de la cuota correspondiente a la póliza de seguros patrimoniales del TACP, la cual se vencía el pasado 31jul2018, cuyo pago corresponde ser efectuado oportunamente y debe encontrarse al día para que se mantenga vigente la cobertura de las pólizas aludidas, en cautela de los intereses patrimoniales del TACP, habiendo sido necesario que su jefe le curse un aviso por teléfono en tal sentido para que usted, en forma tardía, prepare el “pago”.

<sup>25</sup> Monereo Pérez, José Luis: “la carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales” citado por Blancas Bustamante Carlos. El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima, 2002, p 359 a 360.

<sup>26</sup> Ver página 117 a 118 del Expediente Judicial Electrónico.



Si bien los hechos antes indicados merecieron la imposición de medidas disciplinarias, tales hechos han evidenciado una constante e inexcusable negligencia en el desempeño de sus importantes funciones y han mellado la confianza que su puesto acarrea y que resulta consustancial al mismo: "Jefe de Tesorería".

Anticipándonos a que usted pueda alegar que el presente despido se funda en hechos relacionados con su embarazo, afirmación que desde ya rechazamos enfáticamente, nos permitimos indicar lo siguiente:

1.- Considerando la fecha de nacimiento de su menor hijo (28dic2018), a la fecha de notificación de la presente, usted ha superado largamente los 90 días posteriores al nacimiento del menor, así como completado el disfrute del derecho a descanso pre y post natal con el correspondiente pago de sus remuneraciones como ordena la norma.

2.- No existe ningún argumento que acredite la vulneración de sus derechos como trabajadora por parte de la Institución, ni se configura algún tipo de hostilización en su contra.

3.- De conformidad con las conclusiones establecidas en el Séptimo Pleno Laboral de la Corte Suprema y dado que usted ingresó a laborar al TACP el 2º may en el puesto de "Jefe de Tesorería", calificado como de "confianza", el retiro de confianza y despido dispuesto por la Institución no obliga al TACP al pago de una indemnización por despido arbitrario a su favor.

**3.69. De lo antes señalado se advierte que la demandada fundamenta su retiro de confianza en hechos que fueron sancionados a la demandante ya a más de 7 meses, que en un primer momento no merecieron el retiro de la confianza; lo cual no genera convicción a éste Colegiado que el real motivo del cese fuera el retiro de la confianza, tanto más que la demandante a la fecha de su cese estaba en periodo de lactancia, siendo así y de acuerdo a la Ley N° 30709, de fecha 27 de diciembre de 2017, estaba prohibido que la entidad empleadora despidiera por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad.**

**3.70.** Cabe precisar que la Jueza de Primera Instancia, hace referencia en su decisión al II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral y Procesal Laboral, de fecha 9 de octubre de 2020, en el tercer tema señala:

**Tema 3: La reposición laboral de las trabajadoras gestantes que ostentan cargo de confianza**

¿Corresponde la reposición laboral de las trabajadoras gestantes que poseen cargo de confianza?

**Ponencia ganadora:** Si procede la reposición laboral de la madre gestante que ostenta un cargo de confianza por cuanto las mujeres en esta condición del embarazo e incluso hasta la lactancia gozan de una protección especial que le otorga la Ley, la Constitución y las normas internacionales, las que no hace distinción alguno del cargo, nivel o categoría que ocupa en el centro laboral. Razón por la que el retiro de la confianza de una trabajadora en estado de gestación transgrede las normas y principios que las sustentan.



Si bien es verdad que el citado pleno ha sido emitido con posterioridad al cese de la demandante, pero lo relevante es que dicha posición acogida por el pleno se fundamenta en la ley, la Constitución y las normas internacionales. Por lo que no se advierte que dicha mención de la Juez de la Causa pueda acarrear la nulidad de la sentencia por congruencia, tanto más que la Jueza de la causa ha fundamentado en otros aspectos de derecho su decisión también.

**Con relación al despido contemplado en el inciso e) del Art.29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.**

- 3.71.** Cabe mencionar que se conoce como despido nulo a aquel que supone la transgresión de los derechos fundamentales y más elementales de la persona humana y es invocado con el fin de salvaguardar el derecho a la estabilidad laboral cuando se incurra en despidos que afectan gravemente el ordenamiento jurídico.
- 3.72.** El despido nulo es una institución por la cual se prevé una **tutela restitutoria** (que consiste en la readmisión en el empleo y la consideración del período dejado de laborar como de trabajo efectivo) frente a supuestos de vulneración de determinados derechos fundamentales, habiendo sido estos supuestos establecidos legalmente en atención a su trascendencia para el ordenamiento jurídico laboral.
- 3.73.** 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."*

- 3.74.** De la revisión de los actuados se aprecia que la parte demandante comunicó a la demandada con fecha 23 de julio de 2018 se embarazo, lo cual se advierte del documento denominado "Comunicado N° 007-2018".<sup>27</sup> , de dicha comunicación se advierte que la parte demandante señala que su embarazo es d riesgo por su edad, así como la amenaza de aborto presentada la primeras semanas, asimismo, señala que el

<sup>27</sup> Ver página 26 del Expediente Judicial Electrónico.



tema de su embarazo y su estado de salud también ya se lo ha comunicado a su Sub-Gerencia de finanzas en fecha anterior.

**3.75.** De la revisión de loa actuados se advierte que la demandante fue sancionada:

✚ **Carta de Amonestación o Suspensión,<sup>28</sup> de fecha 7 de febrero de 2018,** en donde se le **Amonestación por escrito,** en dicha carta se menciona que:

*"realizó una falta relacionada al cumplimiento de sus funciones, al no efectuar la validación al ejecutar el pago de los ticket de AFP Prima, pagando el mismo ticket por dos bancos".*

✚ **Carta de Amonestación o Suspensión,<sup>29</sup> de fecha 19 de julio de 2018,** en donde se le aplica una suspensión de 1 día, por motivo de:

"(...) haber incurrido en presentar arqueos de recibos de control interno de las distintas áreas del TACP en forma incompleta, no habiendo tomado como base la información de origen de almacén, habiendo tomado como cierta la información proporcionada por los propios usuarios, lo que ocasiona que el arqueo no refleje la situación real del nivel de control de los recibos de control interno de la institución,(...)"

**La demandante mediante "correo electrónico",<sup>30</sup> de fecha 19 de julio 2018, contesta dicha amonestación:**

erencia a la amonestación realizada el día de hoy, la cual considero injusta.

irte en la que manifiesta " que presento arqueos de recibos de control interno en forma incompleta" "no habiendo tomado de base la información de almacén", desde que s arqueos nunca se me ha manifestado que tengo que tomar de base la información de almacén, más bien he tomado como base la información solicitado en su ándum del 0017- SGF/2017 del 25/05/2017 en el que se manifiesta que todos los jefes y/o supervisores de área a partir de la fecha deben llevar un control de los bantes de pago que manejan , lo cual incluye todo documento que este asignado a su área y/o personal a su cargo. Incluso más adelante manifiesta que todos los jefes n de efectuar una verificación de todos los comprobantes de pago y enviar un informe en excell y físico. Sobre este archivo siempre se ha realizado el arqueo y lo he stado en los informes que he presentado.

almente es de su conocimiento que yo doy siempre el 100% en el trabajo que realizo incluso tomando en cuenta que tenemos un personal que esta de descanso medico meses, y que ha renunciado dos de las personas que trabajan, por lo que ocasiona inconvenientes de personal, sin embargo siempre doy el 100%. Incluso el día de hoy que do mal de salud , he venido por cumplir con mis responsabilidades , a pesar de estar atravesando un embarazo, en la que se me presenta varias complicaciones.

✚ **Carta de Amonestación o Suspensión de fecha 2 de agosto de 2018,<sup>31</sup>** en donde se le aplica a la demandante una **Amonestación por escrito,** por cuanto:

<sup>28</sup> Ver página 27 del Expediente Judicial Electrónico.

<sup>29</sup> Ver página 28 del Expediente Judicial Electrónico.

<sup>30</sup> Ver página 29 del Expediente Judicial Electrónico.

<sup>31</sup> Ver página 31 del Expediente Judicial Electrónico.



"(...) realizó una falta relacionada al cumplimiento de sus funciones, al no preparar oportunamente el pago de la cuota correspondiente de la póliza de seguros patrimoniales el día martes 31 de julio de 2018, teniendo que avisarle telefónicamente que no lo había preparado para luego presentarlo adicionalmente para revisión y aprobación de Gerencia General, luego de que ya se habían presentado todos los pagos a efectuar, (...)"

Mediante Carta de Respuesta, de fecha 6 de agosto de 2018,<sup>32</sup> la demandante da respuesta de Amonestación o suspensión del 19/07/2018 y el 02/08/2018.

**Con Carta Notarial, de fecha 7 de agosto de 2018,<sup>33</sup> en donde se menciona:**

En efecto, de conformidad con las disposiciones señaladas anteriormente, el TACP ha decidido sancionarla por haberse negado injustificadamente a suscribir una comunicación formal emitida por su empleador, el formato denominado "Aviso de Movimiento de Personal", documento mediante el cual nuestra Institución fijó el goce de sus vacaciones por treinta (30) días comprendidos desde el 13ago2018 hasta el 12set2018 correspondiente a su periodo vacacional de 2017-2018. Dicha comunicación le fue entregada el día lunes 06ago2018 por su Jefe directo el Sr. Julio García- Sub Gerente de Finanzas y usted se negó a suscribir el cargo de recepción.

Esta sanción se hará efectiva el día jueves 09 de agosto de 2018.

**La parte demandante presenta con fecha 12 de setiembre de 2018,<sup>34</sup> una carta de sumilla: "Cese de actos de hostilidad y conducta anti laboral por mi condición de trabajadora gestante"**

**En tanto la demandada contesta dicha carta con la Carta Notarial de fecha 17 de setiembre de 2018,<sup>35</sup> en donde la demandada alega que rechaza de plano cualquier imputación sobre supuestos actos de hostilidad.**

**3.76.** Pero de dichas sanciones, solo se menciona las tres primeras antes descritas en la Carta de Notarial de fecha 1 de abril de 2019, a efectos de fundamentar el retiro de confianza, pero se advierte que dichas sanciones son de hace más de 7 meses y que a la primera oportunidad de los hechos la demandada no alegó como causal para el retiro de confianza, por lo que dicha justificación de retiro de confianza alegada por la demandada no se aprecia que es la causa justa del cese de la demandante, tanto más que a la fecha de cese, esto es 1 de de abril de 2019, la demandante estaba en periodo de lactancia y recién se había reincorporado de su descanso postnatal y de sus vacaciones concedidas por la demandada mediante la Carta Notarial de fecha 12 de marzo de 2019<sup>36</sup>.

**3.77.** Por lo tanto, habiéndose determinado que la actora tenía un contrato de trabajo a plazo indeterminado, estando el periodo de lactancia, la demandada no ha acreditado

<sup>32</sup> Ver página 32 a 35 del Expediente Judicial Electrónico.

<sup>33</sup> Ver página 37 del Expediente Judicial Electrónico.

<sup>34</sup> Ver página 38 a 40 del Expediente Judicial Electrónico.

<sup>35</sup> Ver página 43 a 45 del Expediente Judicial Electrónico.

<sup>36</sup> Ver página 52 del Expediente Judicial Electrónico.



una causa justa de cese de la actora, tal como se ha resuelto en los fundamentos que anteceden; por lo que, este Colegiado llega a la conclusión que se ha producido un despido nulo en la causal contemplada en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

**3.78. Por lo que se debe de desestimar los agravios de la parte demandada.**

**3.79.** Por los fundamentos expuestos, éste Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre del Pueblo, resuelve:

**IV. DECISIÓN:**

- **CONFIRMAR** la **Sentencia N° 056-2021-18° JETL, contenida en la Resolución N° 8, de fecha 19 de marzo del 2021,** en cuanto declara: **FUNDADA** la demanda interpuesta por **ROSA ROCIO ORTIZ CERNA** contra **TOURING Y AUTOMOVIL CLUB DEL PERÚ** sobre nulidad de despido; por lo tanto, se **Ordena**:
  1. Cumpla la demandada con reponer al actor en el puesto que venía desempeñándose hasta antes del 01 de abril de 2019, fecha de su cese.
  2. Cumpla la demandada con pagar las remuneraciones devengadas, los cuales serán liquidadas en ejecución de sentencia.
  3. Se declara la nulidad de la Carta de fecha 01 de abril de 2019, mediante el cual cesan a la demandante.
  4. Pagar las costas y costos del proceso los mismos que junto a los intereses serán calculados en ejecución de sentencia.

En los seguidos por **ROSA ROCIO ORTIZ CERNA** contra el **TOURING Y AUTOMOVIL CLUB DEL PERÚ;** sobre **Reposición y otros;** y los devolvieron al **18° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima.**

SNVR/hpld

YANGALI IPARRAGUIRRE

VÁSCONES RUÍZ

GONZALEZ SALCEDO