



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

Derecho
Facultad de Derecho

**Informe Jurídico sobre el Expediente Judicial
N°25252-2014-0-1801-JR-LA-02**

**Trabajo de Suficiencia Profesional
presentado para optar por el Título Profesional de
Abogado**

**Presentado por
Jimena María Ayala Mezzich**

Asesor: Roger Rafael Rodríguez Santander
[0000-0001-7553-1584](tel:0000-0001-7553-1584)

Lima, enero 2023

REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO

FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre el Expediente Judicial N°25252-2014-0-1801-JR-LA-02" presentado por la Srta. JIMENA MARÍA AYALA MEZZICH, con DNI 76232135, para optar el Título Profesional de Abogada, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 12 de enero del año 2023; obteniendo el siguiente resultado:



Turnitin Informe de Originalidad

Procesado el: 12-ene-2023 23:10 -05
Identificador: 1992116966
Número de palabras: 18647
Entregado: 1

Ayala, Jimena_Trabajo de Suficiencia Profesio...
Por Jimena María Ayala Mezzich

Índice de similitud	Similitud según fuente
20%	Internet Sources: 20%
	Publicaciones: 4%
	Trabajos del estudiante: 10%

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece la interesada.

Lima, 27 de enero de 2023

Roger Rafael Rodríguez Santander
Asesor
Código Orcid 0000-0001-7553-1584

Resumen

A propósito de un caso ventilado en la vía judicial laboral entre los años 2014 y 2018, el presente informe aborda la tutela legal a la que tienen derecho las trabajadoras gestantes de confianza que ostentaron dicha calificación desde el inicio hasta el término del vínculo laboral, quienes son víctimas de un despido nulo por su embarazo; así como, particularidades específicas del despido efectuado en el expediente en cuestión, tales como el análisis legal del abandono de trabajo como causa justa de despido, la vía procesal más apropiada para resolver este tipo de casos y la posibilidad de interponer un recurso constitucional de amparo contra una resolución casatoria. Si bien la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han entendido que los trabajadores de confianza que ingresaron a laborar con dicha calificación no pueden tener derecho a la tutela restitutoria; a través de este informe, se busca demostrar que ordenar la reposición de trabajadoras de confianza que tuvieron esta calificación desde el inicio de la relación de trabajo y son víctimas de un despido nulo por su estado de gestación, es conforme con la Constitución y la normativa laboral que la desarrolla, evitando así la aplicación automática de criterios jurisdiccionales y, por el contrario, atendiendo las circunstancias ocurridas en el caso en concreto.

Palabras clave: derecho del trabajo – despido nulo – despido por embarazo – trabajador de confianza – abandono de trabajo – demanda de amparo en casos laborales – demanda de amparo contra resoluciones judiciales.

Abstract

Regarding a case that was discussed in the Peruvian labor courts from 2014 through 2018, this paper addresses the legal protection to which pregnant employees who hold a position of trust from the beginning to the end of an employment relationship, who are victims of a null dismissal due to their pregnancy are entitled to; the specific features of the dismissal carried out in the case in question, such as the legal analysis of abandonment of work as just cause for dismissal, the most appropriate procedural route to resolve this type of case and the possibility of filing a constitutional remedy against a cassation decision. Although the Supreme Court and the Constitutional Court have understood that employees in positions of trust who started working with this qualification are not entitled to restitutory protection, this paper seeks to demonstrate that ordering the reinstatement of employees in positions of trust who had this qualification from the beginning of an employment relationship and are victims of a null dismissal due to their pregnancy follows the Constitution and the labor regulations that develops it, avoiding the automatic application of jurisdictional criteria and, on the contrary, addressing the circumstances that occurred in the specific case.

Key words: labor law – null dismissal – dismissal due to pregnancy – employee in a position of trust – abandonment of work – constitutional lawsuit in labor cases – constitutional lawsuit against judicial decisions.

Índice

I.	Introducción	1
II.	Hechos relevantes.....	2
	II.1. La relación laboral entre las partes	2
	II.2. La controversia suscitada entre las partes.....	2
	II.3. El proceso judicial seguido entre las partes	4
	II.3.1. Primera instancia.....	4
	II.3.2. Segunda instancia.....	7
	II.3.3. Casación.....	10
III.	Identificación y justificación de los principales problemas jurídicamente relevantes	13
IV.	Análisis y opinión de los principales problemas jurídicamente relevantes identificados.....	20
	IV.1. Principales problemas jurídicamente relevantes de fondo.....	20
	IV.1.1. Primer problema jurídicamente relevante: ¿La demandante cometió el abandono de trabajo tipificado en la legislación laboral peruana como causa justa de despido por conducta del trabajador?	20
	IV.1.2. Segundo problema jurídicamente relevante: ¿El despido notificado por el empleador a la trabajadora con fecha 17 de septiembre de 2014 califica como despido nulo?.....	26
	IV.1.3. Tercer problema jurídicamente relevante: ¿La demandante tenía derecho a la reposición en el mismo puesto de trabajo y con la calificación de confianza?.....	33
	IV.2. Principales problemas jurídicamente relevantes de forma.....	38
	IV.2.1. Cuarto problema jurídicamente relevante: ¿La trabajadora tenía derecho a que su demanda sea admitida por la vía abreviada laboral, si así lo solicitaba? ¿Era esta vía la más apropiada para resolver su caso?	38
	IV.2.2. Quinto problema jurídicamente relevante: ¿La demanda de la trabajadora hubiese sido declarada procedente de haber sido presentada por la vía del proceso constitucional de amparo?	44
	IV.2.3. Sexto problema jurídicamente relevante: ¿Hubiese sido declarada procedente una demanda constitucional de amparo contra la resolución casatoria?.....	51
V.	Conclusiones.....	57
VI.	Bibliografía.....	59

I. Introducción

El derecho laboral reconoce de manera intrínseca la desigualdad entre las partes que conforman la relación de trabajo. Precisamente, busca la protección de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad y reducir las brechas de disparidad. En línea con ello, las trabajadoras gestantes y lactantes gozan de una protección especial que les brinda una estabilidad laboral que ningún otro trabajador tiene. No se puede negar que, los esfuerzos normativos en esta dirección han venido siendo numerosos; sin embargo, no todos los jueces han resuelto en este sentido.

Vanessa Maxiel Herrera Icaza (en adelante, “la demandante” o “la trabajadora”) fue despedida por su empleador, Bijou Perú S.A.C. (en adelante, “el demandado” o “el empleador”), cuando se encontraba embarazada, sobre la base de un procedimiento de despido disciplinario que le imputó una falta grave que no cometió. A todas luces, en aplicación de la normativa laboral peruana e internacional, este despido devendría en nulo, por lo que siguiendo lo previsto legalmente, le correspondería la reposición en el empleo. No obstante, la trabajadora había ocupado un puesto de confianza desde el inicio de la relación laboral; motivo por el cual, la Corte Suprema resolvió que no tenía derecho a la tutela restitutoria.

Con esta decisión, la Corte Suprema vació de contenido todas las normas que protegen de manera especial a las trabajadoras gestantes, inclusive mandatos contenidos en la Constitución Política del Perú (en adelante, “la Constitución”) y en tratados internacionales. Asimismo, se dejó de lado el impacto negativo de una decisión así en un sector que ha sido histórica, social y laboralmente vulnerable. Así las cosas, este informe presenta los hechos relevantes del caso, desde el inicio de la relación laboral hasta la Casación; la identificación y justificación de los principales problemas jurídicamente relevantes, tanto a nivel de fondo como de forma; el análisis y opinión de estos y; finaliza con las conclusiones principales.

II. Hechos relevantes

II.1. La relación laboral entre las partes

1. El 3 de junio de 2013 la demandante ingresó a laborar para el demandado en el puesto de Supervisora Regional, siendo la relación de trabajo una a plazo indeterminado.
2. La función principal de la trabajadora era ser la responsable de la operación de los puntos de venta de las marcas del empleador, Isadora y Todomoda, en una zona geográfica específica. Siendo esto así, tenía acceso a los reportes de ventas de los locales que tenía a su cargo, los productos que tenían mayor y menor demanda, la oferta de los productos comercializados, las preferencias y características de los consumidores, etc. Asimismo, la jefa inmediata de la demandante era la Gerente de Unidad de Negocio, Jessica Benza (en adelante, "la señora Benza").
3. En la cláusula sexta del contrato de trabajo se consignó que el puesto laboral de la demandante se encontraba calificado como uno de confianza. Empero, esta calificación no tiene correlato en las boletas de pago ni en la planilla del empleador. La trabajadora no cuestionó esta calificación en ninguna ocasión.

II.2. La controversia suscitada entre las partes

4. El 25 de agosto de 2014 la trabajadora puso en autos a la señora Benza por medio de un mensaje a través de WhatsApp que en esa fecha había programado su control prenatal. Al siguiente día, le comunicó por la misma vía que en esa fecha tenía una ecografía. La señora Benza le otorgó permiso a la demandante para que pueda asistir, en su horario de trabajo, a las mencionadas citas médicas.
5. La demandante estuvo hospitalizada en la Clínica Good Hope desde el 31 de agosto del año en mención hasta el 5 de septiembre siguiente debido a la gravedad de su estado de salud y de la del concebido. El día que recibió el alta

hospitalaria, el 5 de septiembre de 2014, la Clínica Good Hope le otorgó un descanso médico del 31 de agosto al 21 de septiembre de 2014.

6. El 5 de septiembre de 2014 la demandante informó vía telefónica a la Jefa de Gestión Humana del demandado, Paola Valverde (en adelante, "la señora Valverde") las fechas de su descanso médico. El mismo día, la señora Benza remitió dos (2) correos electrónicos a Leslie Silva (en adelante, "la señora Silva") en los cuales le comunicó que la trabajadora había indicado a la señora Valverde las fechas de su descanso médico. En consecuencia, la señora Benza ordenó a la señora Silva que se mantenga reemplazando a la trabajadora por dicho lapso, toda vez que la venía sustituyendo en sus labores los días previos.

7. El 10 de septiembre de 2014 el empleador notificó a la trabajadora una carta de preaviso de despido en la que le imputó la comisión de la falta grave prevista en el inciso h) del artículo 25¹ del Decreto Supremo N°003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, "LPCL") por el abandono de trabajo por más de tres (3) días consecutivos al no justificar sus inasistencias del 1 al 9 de septiembre de 2014. El mismo 10 de septiembre la demandante presentó al empleador su descanso médico por el periodo del 31 de agosto hasta el 21 de septiembre de 2014.

8. El 16 de septiembre de 2014 la trabajadora notificó al empleador sus descargos a la carta de preaviso de despido remitida alegando que las inasistencias imputadas como abandono de trabajo se debieron a complicaciones en su salud a raíz de su estado de gravidez, por lo que no había cometido la falta grave imputada.

¹ Decreto Supremo N°003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27 de marzo de 1997). Artículo 25, literal h): *"Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones."*

9. Con fecha 17 de septiembre de 2014 el empleador notificó a la trabajadora una carta de despido sustentada en el abandono de trabajo del 1 al 9 de septiembre del año en mención.

II.3. El proceso judicial seguido entre las partes

II.3.1. Primera instancia

10. El 1 de octubre de 2014 la trabajadora interpuso una demanda judicial contra el empleador alegando que su despido se motivó en su embarazo y, por tanto, es un despido nulo, conforme al literal e) del artículo 29² de la LPCL. La demanda fue admitida en la vía del proceso ordinario laboral.
11. En la Audiencia de Conciliación se fijó como pretensión principal única de la demanda, la nulidad del despido de la demandante por el supuesto contenido en el literal e) del artículo 29 de la LPCL. Para fundamentar su pretensión, la trabajadora alegó lo siguiente:

² Decreto Supremo N°003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27 de marzo de 1997). Artículo 29, literal e), a la fecha del despido: “Es nulo el despido que tenga por motivo: e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso 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.”

El 25 de noviembre de 2015 se publicó la Ley N°30367, cuyo artículo 1 modificó el inciso en mención, disponiendo lo siguiente: “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.” (Modificación subrayada).

El 1 de abril de 2021 se publicó la Ley N°31152, cuyo Artículo Único modificó el inciso en cuestión, disponiendo actualmente lo siguiente: “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. La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4. 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.” (Modificación subrayada).

- (i) El despido por abandono de trabajo que se le imputó carece de sustento en tanto había comunicado oportunamente a su empleador que estaría ausente en el trabajo del 31 de agosto de 2014 al 21 de septiembre de 2014 por encontrarse de descanso médico debido a complicaciones en su salud originadas a raíz de su embarazo.
- (ii) El empleador, teniendo conocimiento de que se encontraba gestando, despidió a la trabajadora invocando un abandono de trabajo inexistente.
- (iii) Al no haberse acreditado una causa justa para despedir, se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, configurándose así un despido nulo en virtud del literal e) del artículo 29 de la LPCL. Por tanto, en aplicación del artículo 34³ de la LPCL, debe proceder su reposición en el empleo.

12. El empleador, por su parte, solicitó que la demanda se declare infundada sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) Es un hecho no cuestionado por la trabajadora que prestó servicios para el empleador en un puesto de trabajo de confianza (Supervisora Regional) desde el inicio de la relación de trabajo. De acuerdo con jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es imposible reponer en el empleo a los trabajadores de confianza que ostentaron dicha calificación desde el inicio del vínculo laboral.
- (ii) La demandante se ausentó de su centro de trabajo del 1 al 9 de septiembre de 2014 sin comunicar ni justificar dichas inasistencias de forma oportuna. Recién en los descargos a la carta de preaviso de despido presentados el 16 de septiembre de 2014, la trabajadora comunicó e intentó justificar sus

³ Decreto Supremo N°003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27 de marzo de 1997). Artículo 34: *"El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38."*

inasistencias. No obstante, no remitió ningún documento que permita dar por cierta sus afirmaciones. En consecuencia, las ausencias mencionadas no fueron debidamente justificadas.

- (iii) La demandante nunca proporcionó información objetiva en relación con su estado de gestación. Ciertamente, no existe documento, carta, prueba y/o correo electrónico en el que la trabajadora hubiere comunicado esto. En consecuencia, carece de sustento alegar que el empleador motivó su despido en que estuviese embarazada.

13. El Juzgado emitió fallo en la Audiencia de Juzgamiento declarando fundada la demanda ordenando así la reposición de la trabajadora. En este sentido, mediante la Sentencia del 21 de septiembre de 2015 (en adelante, “la Sentencia”) recalcó que la reposición debía ser en el mismo puesto de trabajo o en uno de similar naturaleza y categoría adscrita a una relación laboral indeterminada, en atención a los siguientes fundamentos:

- (i) La supuesta calificación de confianza que alegó el empleador a la trabajadora no podría contraponerse a la reposición en tanto de acuerdo con la carta de preaviso de despido que se cursó y con la manifestación del demandado en la Audiencia de Juzgamiento, la razón del despido fue la falta grave imputada y no la pérdida de la confianza en la trabajadora.
- (ii) En función del historial de WhatsApp ofrecido por la demandante se concluyó que la señora Benza conoció el estado de gestación de la trabajadora el 25 de agosto de 2014.
- (iii) En la Audiencia de Juzgamiento el demandado señaló que no hubo una debida justificación de las ausencias cometidas por la trabajadora del 1 al 9 de septiembre de 2014. Sin embargo, en mérito de las comunicaciones del 5 de septiembre del mismo año entre la señora Benza y la señora Silva se determinó que el demandado conocía que la trabajadora se encontraba indispuesta desde hace varios días, que estaría de descanso

médico hasta el 21 de septiembre de 2014 e incluso que la señora Silva ya se encontraba reemplazando a la trabajadora en sus funciones.

- (iv) Toda vez que el demandado estaba enterado de que la demandante estaba embarazada y, que fue despedida por haber cometido un abandono de trabajo a sabiendas de que las inasistencias imputadas se encontraban justificadas, debe determinarse en aplicación del numeral 5 del artículo 23⁴ de la Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, “NLPT”), que la decisión del empleador de finalizar la relación de trabajo con la demandante se debió al estado de gravidez de la misma y, que la falta grave imputada fue únicamente un mecanismo para alcanzar dicho objetivo.

II.3.2. Segunda instancia

14. El 16 de octubre de 2015 el empleador presentó recurso de apelación contra la Sentencia, en el cual formuló como pretensión impugnatoria principal que la Sala Superior declare la nulidad de la Sentencia y que, en consecuencia, ordene que el Juzgado emita un nuevo pronunciamiento (pretensión anulatoria). Asimismo, presentó como pretensión impugnatoria subordinada que la Sala Superior revoque la Sentencia y que, reformándola, la declare infundada en todos sus extremos (pretensión revocatoria). Para fundamentar sus pretensiones, el demandado agregó los siguientes argumentos:

- (i) El historial de WhatsApp ofrecido por la demandante presenta inconsistencias toda vez que (a) en la denominación del archivo figura “Jessica Benza” y en el chat se consigna únicamente “Jessica”, pese a que ambos nombres deberían coincidir y (b) en el desarrollo de la conversación remitida habría mensajes sin contestar por parte de la trabajadora, por lo

⁴ Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (15 de enero de 2010). Artículo 23, numeral 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.”

que hay una divergencia en torno a los mensajes que se intercambiarían con un personal de dirección. En consecuencia, el historial de WhatsApp en cuestión no habría sido valorado correctamente.

- (ii) En el historial clínico de la trabajadora constan los resultados de una ecografía de fecha 26 de agosto de 2014 que fueron entregados el 2 de septiembre de 2014. Por lo tanto, carece de sustento alegar que el demandado conocía desde el 25 de agosto de 2014 que la trabajadora estaba embarazada. Asimismo, el literal e) del artículo 29 de la LPCL establece como requisito ineludible la comunicación documental del embarazo por parte de la trabajadora al empleador. Sin embargo, la demandante nunca realizó ello.
- (iii) Un despido por falta grave lleva intrínseco un retiro de confianza pues la comisión del incumplimiento laboral por parte de la trabajadora generó la pérdida de la confianza. En virtud de ello, que la extinción de la relación laboral haya sido mediante un procedimiento disciplinario no significa que a la demandante no le apliquen los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a que no cabe la reposición de los trabajadores de confianza que ostentaron esta calificación desde el inicio del vínculo laboral.
- (iv) El procedimiento de despido por abandono de trabajo fue ejecutado correctamente ya que de conformidad con el artículo 37⁵ del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo aprobado por el Decreto Supremo N°001-96-TR (en adelante, “RLFE”), para que no se configure el abandono de trabajo toda ausencia al centro de labores deberá ser puesta en conocimiento del empleador exponiendo las razones que la motivaron, dentro del término del tercer día de producida más el término de la

⁵ Decreto Supremo N°001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (26 de enero de 1996). Artículo 37: “Para que no se configure el abandono de trabajo, previsto en el inciso h) del Artículo 58 de la Ley, toda ausencia al centro de trabajo, deberá ser puesta en conocimiento del empleador, exponiendo las razones que la motivaron, dentro del término del tercer día de producida, más el término de la distancia. El plazo se contará por días hábiles, entendiéndose como tales los laborables en el respectivo centro de trabajo.”

distancia. No obstante, la trabajadora no cumplió con esto durante el plazo indicado ni durante el procedimiento de despido.

15. La Sentencia de Vista del 7 de octubre de 2016 confirmó la Sentencia y precisó que la trabajadora debía ser repuesta con la calificación de trabajadora de confianza, en función de los siguientes fundamentos:

- (i) El demandado no presentó prueba alguna que acredite que el historial de WhatsApp ofrecido por la demandante no corresponde al que efectivamente se obtiene de una conversación llevada a cabo por dicho medio. En el mismo sentido, el empleador no formuló tacha contra dicha prueba documental. De igual manera, el hecho de que en el historial de WhatsApp en cuestión existan preguntas sin contestar por parte de la demandante no implica por sí mismo una afectación a la eficacia probatoria de este documento.
- (ii) En lo concerniente a que la demandante no comunicó documentalmente su embarazo al empleador, se debe señalar que, de acuerdo con el historial de WhatsApp, la trabajadora comunicó a la señora Benza el 25 de agosto de 2014 que contaba con una cita médica de control prenatal en dicha fecha y, al siguiente día manifestó que todo iba bien con el bebé. Siendo ello así, se desprende que el demandado tuvo conocimiento del estado de gestación de la trabajadora.
- (iii) A pesar de que la trabajadora tuvo la calificación de confianza desde el inicio del vínculo laboral y, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no le correspondería la protección restitutoria, corresponde otorgar la misma con carácter excepcional. Esto, dado que la trabajadora sufrió un despido discriminatorio por razón de sexo, lo cual se agudizó porque el mismo se fundamentó en la imputación de un abandono de trabajo que no cometió, sin tener en cuenta que precisamente sus inasistencias se debieron a su estado de gestación.

(iv) Ambas partes coinciden en que el 10 de septiembre de 2014 el empleador recibió el descanso médico de la trabajadora por el periodo del 31 de agosto al 21 de septiembre de 2014. Por lo tanto, toda vez que las inasistencias de la demandante a su centro de trabajo se sustentaron en su delicado estado de salud por motivo de su estado de gestación, se concluye que no se ha comprobado objetivamente la comisión de la falta grave imputada consistente en el abandono de trabajo por más de tres (3) días consecutivos por el periodo del 1 al 9 de septiembre de 2014.

16. Asimismo, en la Sentencia de Vista se dejó constancia del voto en discordia del juez superior Gino Yangali Iparraguire, quien resolvió revocar la Sentencia y, reformándola, declarar infundada la demanda, sobre la base de los argumentos indicados a continuación:

(i) El cuestionamiento efectuado por el demandado al historial de WhatsApp se sustenta en una apreciación sobre sus alcances probatorios. Así, el fondo del argumento del empleador es que el historial de WhatsApp ofrecido por la demandante es falso. Sin embargo, esto debió haber sido cuestionado oportunamente por medio de una tacha y la prueba documentaria que acredite lo afirmado.

(ii) El inicio de un procedimiento de despido sustentado en una causa justa (verídica o no) implica implícitamente una pérdida de confianza. En tal sentido y, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, en ningún caso puede prosperar la reposición de un trabajador de confianza que tuvo dicha calificación desde el inicio del vínculo laboral, sino únicamente es posible aplicar la tutela resarcitoria.

II.3.3. Casación

17. El empleador presentó el 14 de noviembre de 2016 recurso de casación contra la Sentencia de Vista, en el cual esgrimió como pretensión impugnatoria principal que la Sala Suprema declare la nulidad de la Sentencia de Vista a fin

de que la Sala Superior emita un nuevo pronunciamiento (pretensión anulatoria). Asimismo, como pretensión impugnatoria subordinada, el demandado formuló que la Sala Suprema revoque la Sentencia de Vista en todos sus extremos y la demanda sea declarada infundada (pretensión revocatoria). Como sustento de sus pretensiones, el empleador planteó los siguientes argumentos:

- (i) La Sala Superior decidió, sin llevar a cabo el *test* de proporcionalidad, que el supuesto derecho afectado de la trabajadora tendría más peso que el derecho fundamental de libertad de empresa del empleador. Ciertamente, se limitó a señalar que se trata de una excepción sin exponer por qué esta excepción es constitucionalmente válida.
- (ii) A través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema se ha determinado que la protección contra el despido arbitrario en el caso de los trabajadores de confianza que ostentaron dicha calificación desde el inicio de la relación laboral es la posibilidad de acceder a la indemnización por despido arbitrario, pero nunca la reposición en el empleo.
- (iii) Todo despido lleva intrínsecamente el retiro de la confianza. El empleador imputó a la trabajadora la comisión de una falta grave a través del procedimiento de despido y, posteriormente, procedió a despedirla. En consecuencia, para el empleador se habría quebrantado la confianza depositada en ella.
- (iv) Decidir que los trabajadores de confianza que tenían dicha calificación desde el inicio de la relación de trabajo tienen derecho a la reposición implicaría que el empleador pierde las facultades concedidas en el marco del derecho a la libertad de empresa y no puede decidir cuándo retirar a un trabajador de confianza en quien ha perdido la confianza. Es imposible que el órgano jurisdiccional reconstruya un elemento netamente subjetivo que se da entre las partes de una relación laboral y que únicamente puede ser otorgado por el propio empleador en ejercicio de la libertad de empresa.

18. En la Casación del 11 de julio de 2018 se resolvió declarar fundado el recurso de casación presentado por el empleador. En tal sentido, casaron la Sentencia de Vista, revocaron la Sentencia y, reformándola, declararon infundada la demanda, en atención de los fundamentos indicados a continuación:

- (i) El puesto de trabajo ocupado por la demandante fue calificado por el empleador desde el inicio de la relación laboral como uno de confianza. Esta condición no fue objetada por la trabajadora durante su vínculo laboral ni en el transcurso del proceso judicial en cuestión.
- (ii) Los trabajadores de confianza están supeditados a la confianza de su empleador. En consecuencia, el retiro de confianza es de naturaleza subjetiva, siendo esta una situación especial, toda vez que, el despido de los trabajadores comunes debe necesariamente sustentarse en una causa objetiva prevista en la LPCL. Por lo tanto, el despido de un trabajador de confianza que ostentó dicha calificación desde el inicio de la relación laboral no puede acarrear su reposición.

19. Asimismo, en la Casación se dejó constancia del voto en discordia del juez supremo Yaya Zumaeta, quien resolvió declarar infundado el recurso de casación y no casar la Sentencia de Vista, formulado sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) Si bien en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha determinado que no corresponde la reposición de los trabajadores de confianza que tuvieron esta calificación desde el inicio del vínculo laboral, estos pronunciamientos no son vinculantes.
- (ii) La reposición de una trabajadora que tuvo como motivo de su despido el embarazo está ordenada por la LPCL. Dicha norma no hace distinción según la calificación del trabajador.

- (iii) El despido sustentado en la condición del embarazo implica una discriminación directa basada en el sexo de la trabajadora, incurriendo así en una afectación al derecho fundamental de igualdad ante la ley.
- (iv) En virtud de lo expuesto, una interpretación jurisdiccional no vinculante no puede desproteger un derecho fundamental o generar que este derecho ceda ante actos calificados como ilegales, como es despedir a una trabajadora por razón de su embarazo. En consecuencia, en tanto se ha producido un despido nulo, corresponde cumplir con el mandato legal expreso contenido en la LPCL y ordenar la reposición de la trabajadora.

III. Identificación y justificación de los principales problemas jurídicamente relevantes

20. Antes de indicar los principales problemas jurídicamente relevantes que he identificado y los motivos de su importancia, es menester manifestar de manera primigenia que considero un hecho no controvertido que la trabajadora efectivamente ocupó un puesto de confianza (Supervisora Regional) desde el inicio de la relación de trabajo con el empleador. Ciertamente, considero esencial presentar de antemano mi postura respecto de este aspecto toda vez que el análisis del caso sería sustancialmente distinto si se considerase que la demandante no ocupó un puesto de confianza desde el inicio de su relación de trabajo, siendo este un presupuesto primordial para la evaluación del expediente. Ahora bien, a continuación, expongo las razones que sustentan mi posición.

21. El artículo 43⁶ de la LPCL define al trabajador de confianza (i) como aquel que labora 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 o (ii) como aquel cuyas

⁶ Decreto Supremo N°003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27 de marzo de 1997). Artículo 43: "(...) *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. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.*"

opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

- 22.** Adicionalmente, mediante la Sentencia recaída en el Expediente N°3501-2006-PA/TC⁷, el Tribunal Constitucional señaló de manera expresa que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación. En atención a ello, cabe señalar que el artículo 43⁸ de la LPCL define al trabajador de dirección como aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.
- 23.** En el caso expuesto, la trabajadora ocupó desde el inicio hasta el término de la relación laboral con el demandado el puesto de trabajo de Supervisora Regional. Durante este periodo, la demandante tuvo como principal función ser la responsable de la operación de distintos puntos de venta de las marcas del empleador, Isadora y Todomoda, en una zona geográfica específica. Asimismo, la demandante le reportaba directamente a su jefa inmediata, la señora Benza, quien ocupaba el puesto de trabajo de Gerente de Unidad de Negocio.
- 24.** En virtud de lo mencionado, a continuación presento el análisis mediante el cual concluyo que la trabajadora ocupó un cargo de confianza desde el inicio hasta la extinción de la relación de trabajo con el empleador al desempeñarse como Supervisora Regional en tanto cumplió con las características establecidas en el artículo 43 de la LPCL para que se configure un trabajador de confianza.

⁷ Expediente N°30501-2005-PA/TC. Fecha: 15 de marzo de 2007.

⁸ Decreto Supremo N°003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27 de marzo de 1997). Artículo 43: *"Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial (...)"*

- (i) La trabajadora laboró en contacto directo con el personal de dirección, toda vez que su jefa inmediata, la señora Benza, se desempeñaba como Gerente de Unidad de Negocio. Considero que el puesto de trabajo de la señora Benza califica como uno de dirección pues ejercía la representación general del empleador frente a los trabajadores o terceros y porque de su actividad y grado de responsabilidad dependía el resultado de la empresa.
- (ii) La trabajadora tuvo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado del demandado, debido a que por sus funciones como Supervisora Regional tenía acceso a los reportes de ventas de los locales que tenía a su cargo de las marcas Isadora y Todomoda del empleador, los productos que tenían mayor y menor demanda, la oferta de los productos comercializados, las preferencias y características de los consumidores, etc.
- (iii) La trabajadora presentaba opiniones o informes al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales. En efecto, le reportaba directamente a la Gerente de Unidad de Negocio, la señora Benza, los productos y cantidades de estos que ella consideraba debían ser ofertados en los próximos meses, las promociones que consideraba conveniente realizar para los consumidores, la cantidad de trabajadores que estimaba necesaria en cada local que tenía a su cargo, las implementaciones a nivel de infraestructura que le parecían apropiadas, etc.⁹

25. En línea con lo referido, cabe señalar que la trabajadora no cuestionó su calificación de confianza durante su vínculo laboral -ni durante el proceso judicial-, pese a que tuvo conocimiento de su calificación desde el inicio de la relación de trabajo, al encontrarse establecido en la cláusula sexta de su

⁹ Corresponde precisar que, de acuerdo con la definición de trabajador de confianza dispuesta en el artículo 43 de la LPCL, bastaba con que la trabajadora cumpliera únicamente con los puntos (i) y (ii) antes mencionados para ser considerada de confianza o, que cumpliera solamente con el punto (iii). Es decir, no es necesaria la consumación de manera conjunta de estos tres (3) puntos para que la demandante sea considerada como una trabajadora de confianza, sino el cumplimiento de alguna de las ecuaciones referidas.

contrato de trabajo firmado con el empleador con fecha 1 de diciembre de 2013. Ciertamente, el artículo 61¹⁰ del RLFE establece que los trabajadores que consideren que han sido indebidamente calificados como de dirección o de confianza pueden recurrir ante la Autoridad Judicial para que se deje sin efecto tal calificación, acción que la demandante no materializó.

- 26.** Por otro lado, corresponde mencionar que el artículo 59¹¹ del RFLE establece que el empleador debe cumplir con identificar y determinar los puestos de dirección y de confianza de la empresa, comunicar por escrito a los trabajadores que ocupan alguno de dichos puestos que sus cargos han sido calificados como tales y consignar en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente. No obstante, el artículo 60¹² de la misma norma, precisa que la calificación de los puestos de dirección o de confianza es una formalidad que, si bien debe ser observada por el empleador, su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita, en una clara aplicación del principio de primacía de la realidad que rige en el derecho laboral.
- 27.** Así las cosas, seguidamente presento el análisis a través del cual concluyo que el empleador no cumplió con todas las formalidades establecidas en el marco jurídico peruano para calificar a la demandante como trabajadora de confianza; empero, ello no implica que la trabajadora no haya ocupado un puesto de confianza toda vez que conforme con el análisis previamente realizado considero que así fue y, de acuerdo con el artículo 60 del RFLE mencionado, la inobservancia de las formalidades no enerva la condición de confianza si de la prueba actuada esta calificación se acredita.

¹⁰ Decreto Supremo N°001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (26 de enero de 1996). Artículo 61: *“Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva.”*

¹¹ Decreto Supremo N°001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (26 de enero de 1996). Artículo 59: *“Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, señalados en el Artículo 77 de la Ley, el empleador aplicará el siguiente procedimiento: a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley; b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y, c) Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.”*

¹² Decreto Supremo N°001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (26 de enero de 1996). Artículo 60: *“La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición, si de la prueba actuada ésta se acredita.”*

- (i) El empleador identificó y determinó que el puesto de trabajo de Supervisora Regional era uno de confianza pues así lo estableció en el contrato de trabajo firmado con la demandante.
- (ii) El empleador comunicó por escrito a la demandante su calificación de confianza mediante la cláusula sexta del contrato de trabajo suscrito en conjunto con ella.
- (iii) El empleador no consignó en el libro de planillas y en las boletas de pago de la demandante su condición de trabajadora de confianza.

28. Ahora bien, habiendo dejado claro que afirmo que la trabajadora ocupó un puesto de confianza desde que inició su relación de trabajo con el empleador, a continuación, señalo los seis (6) principales problemas jurídicamente relevantes que he identificado del expediente materia del presente informe, así como las razones principales de su importancia, siendo tres (3) de estos problemas jurídicos de fondo y tres (3) de forma.

29. Principales problemas jurídicamente relevantes de fondo:

- ¿La demandante cometió el abandono de trabajo tipificado en la legislación laboral peruana como causa justa de despido por conducta del trabajador?

Este problema jurídico reviste relevancia en tanto si la respuesta fuese afirmativa, el despido efectuado por el empleador sería un despido justificado y, en consecuencia, la trabajadora no sería merecedora de ningún tipo de tutela; por el contrario, si la respuesta fuese negativa, la demandante sí sería merecedora de la protección recogida en nuestro ordenamiento jurídico.

- ¿El despido notificado por el empleador a la trabajadora con fecha 17 de septiembre de 2014 califica como despido nulo?

La relevancia de este problema jurídico radica en que, cada tipo de despido ilegal contempla un tipo de tutela en concreto, ya sea resarcitoria o restitutoria, conforme lo ha estipulado la normativa y la jurisprudencia. Bajo este escenario, es esencial identificar ante qué tipo de despido nos encontramos para así determinar a qué tipo de tutela tenía derecho la trabajadora.

- ¿La demandante tenía derecho a la reposición en el mismo puesto de trabajo y con la calificación de confianza?

La única pretensión de la trabajadora en la demanda fue precisamente su reposición en el puesto de trabajo que ocupaba antes de ser despedida, el mismo que se encuentra calificado como uno de confianza. En consecuencia, es indubitable que este problema jurídico conlleva en sí mismo una especial relevancia al ser lo que la demandante peticionaba, siendo así el núcleo de la controversia.

30. Principales problemas jurídicamente relevantes de forma:

- ¿La trabajadora tenía derecho a que su demanda sea admitida por la vía abreviada laboral, si así lo solicitaba? ¿Era esta vía la más apropiada para resolver su caso?

Naturalmente, la demandante tenía derecho a que su demanda sea ventilada por medio de la vía ordinaria laboral (y así fue); sin embargo, tomando en cuenta la tutela urgente que requería al tratarse de una trabajadora embarazada, cabe cuestionarse si su caso pudiera haber sido resuelto por medio de la vía abreviada laboral al ser un proceso considerablemente más célere. En sentido con esto, es preciso también

pronunciarse sobre si esta vía laboral era o no la más apropiada para conocer su controversia y por qué.

- ¿La demanda de la trabajadora hubiese sido declarada procedente de haber sido presentada por la vía del proceso constitucional de amparo?

Si bien la demandante buscó que su pretensión fuese amparada en la vía del proceso laboral, es importante dilucidar si tenía o no otra alternativa como lo es el proceso constitucional de amparo, al encontrarnos ante el derecho fundamental al trabajo y a la igualdad y no discriminación. Mas aún, tomando en cuenta que su demanda fue tramitada en el proceso ordinario laboral y, el proceso constitucional de amparo es uno evidentemente más ágil.

- ¿Hubiese sido declarada procedente una demanda constitucional de amparo contra la resolución casatoria?

La Casación puso término a la controversia planteada en el proceso judicial declarando infundada la demanda. En consecuencia, considero fundamental determinar si con la Casación se agotó todas las posibilidades de la trabajadora de ser repuesta en el empleo o si pudo haber agotado alguna vía más, como lo es presentar una demanda constitucional de amparo contra la resolución casatoria. Así las cosas, será importante dilucidar ante qué casos se puede recurrir al amparo contra resoluciones judiciales.

IV. Análisis y opinión de los principales problemas jurídicamente relevantes identificados

IV.1. Principales problemas jurídicamente relevantes de fondo

IV.1.1. Primer problema jurídicamente relevante: ¿La demandante cometió el abandono de trabajo tipificado en la legislación laboral peruana como causa justa de despido por conducta del trabajador?

- 31.** Siguiendo a Carlos Blancas Bustamante, para que se configure el abandono de trabajo como falta grave regulada en el literal h) del artículo 25 de la LPCL que justifica el despido de un trabajador por su conducta, se requiere de los siguientes dos (2) elementos de manera conjunta: (i) que exista una reiteración en las faltas al centro de trabajo dentro de un plazo determinado y (ii) que dichas ausencias sean injustificadas (Blancas, 2013).
- 32.** Respecto del elemento (i), es un hecho no controvertido que la trabajadora no asistió a laborar del 1 al 9 de septiembre de 2014, periodo que fue imputado por el empleador como abandono de trabajo al haberse ausentado por más de tres (3) días consecutivos. En consecuencia, no corresponde realizar mayor análisis sobre este aspecto.
- 33.** El hecho controvertido radica en el elemento (ii) respecto de si las referidas ausencias de la demandante fueron o no justificadas. A continuación, presento las principales razones por las cuales considero que las inasistencias de la trabajadora se encontraron justificadas. Por lo tanto, al no haberse cumplido con los dos (2) elementos antes señalados, no se configuró un abandono de trabajo.
- 34.** El artículo 37¹³ del RLFE dispone que, para que no se considere que se ha cometido el abandono de trabajo como falta grave que justifica un despido por

¹³ Decreto Supremo N°001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (26 de enero de 1996). Artículo 37: "Para que no se configure el abandono de trabajo, previsto en el inciso h) del Artículo 58 de la Ley, toda ausencia al centro de trabajo, deberá ser puesta en conocimiento del empleador, exponiendo las razones que la motivaron, dentro del término del tercer día de producida, más el término de la distancia. El plazo se contará por días hábiles, entendiéndose como tales los laborables en el respectivo centro de trabajo."

conducta del trabajador, toda ausencia al centro de labores deberá ser puesta en conocimiento del empleador exponiendo las razones que la motivaron, dentro del término del tercer día de producida más el término de la distancia, precisando que este plazo debe calcularse de conformidad con los días laborables del centro de trabajo en concreto. La norma es clara al señalar que este plazo se encuentra destinado para que el trabajador pueda informar a su empleador el motivo de su ausencia. De esta manera, considero que sería erróneo interpretar que este plazo tiene como objetivo que el trabajador remita los sustentos de sus inasistencias.

- 35.** Como refiere Carlos Blancas Bustamante: *“El fundamento de esta obligación [poner en conocimiento del empleador las razones de las ausencias dentro del término del tercer día de producida, más el término de la distancia], según criterio jurisprudencial, reside en que debe darse al empleador la oportunidad de adoptar las medidas correspondientes a la labor realizada por el trabajador (...)”* (Blancas, 2013). Ciertamente, informar el motivo de las inasistencias en el plazo normado se trata de una obligación de diligencia por parte del trabajador para no perjudicar a su empleador, siendo que posteriormente, en un plazo razonable atendiendo a la situación concreta, podrá remitir los documentos que sustenten sus ausencias para que las mismas sean consideradas justificadas.
- 36.** Sin duda, la inasistencia del trabajador en su centro de labores puede deberse a diversos motivos. Coincido con Elmer Arce Ortiz, cuando señala que: *“Para que las ausencias al trabajo sean excluidas de este supuesto [abandono de trabajo] hace falta justificarlas. Por ejemplo, tendrá que demostrar que se deben a enfermedad, accidente, la detención del trabajador, el caso fortuito y la fuerza mayor o a todas las causales de suspensión a que se refiere el artículo 12 de la LPCL”* (Arce, 2021). Bajo este contexto, no tendría asidero real ni jurídico que la norma disponga un plazo de tres (3) días más el término de la distancia para que el trabajador envíe a su empleador los medios probatorios que justifican sus inasistencias bajo apercibimiento de considerarse que ha cometido un abandono de trabajo y así su despido se encuentre justificado.

37. Ahora bien, toda vez que el trabajador cuenta con el referido plazo de tres (3) días más el término de la distancia para comunicar el motivo de sus inasistencias a su empleador, en lo concerniente al abandono de trabajo por ausencias injustificadas por más de tres (3) días consecutivos materia del presente caso, el trabajador tiene hasta el día número siete (7) más el término de la distancia para poner en conocimiento del empleador las razones que motivaron sus inasistencias dichos días. En caso esto no ocurriese, considero que el empleador se encuentra facultado para iniciar el procedimiento de despido por abandono de trabajo a partir del día número ocho (8) más el término de la distancia¹⁴. Por el contrario, en caso esto sí ocurriese, soy de la opinión de que el trabajador debe contar con un plazo razonable, atendiendo al caso concreto, para entregar al empleador el sustento de sus ausencias que fue oportunamente comunicado; siendo que, vencido este plazo razonable, el empleador tendría la potestad de iniciar el procedimiento de despido por la falta grave materia de análisis.

38. Si durante el procedimiento de despido el trabajador demostrase que sus ausencias se encontraron justificadas, considero que no sería acorde a derecho proceder con su despido, debiendo dejarse sin efecto el procedimiento, pues de lo contrario se despediría por abandono de trabajo a un trabajador que demostró que sus ausencias fueron justificadas. En efecto, de la misma forma se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casación N°4548-2014 LA LIBERTAD al manifestar que: *“Esta Suprema Sala considera que la correcta interpretación del artículo 37° del Decreto Supremo N°001-96-TR, es la siguiente: Toda ausencia al trabajo, deberá ser puesta en conocimiento del empleador, exponiendo las razones que la motivaron, dentro del tercer día hábil o laborable en el respectivo centro de trabajo, más el término de la distancia. En el caso que el empleador inicie el procedimiento establecido en el artículo 31° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, la justificación de las inasistencias se podrá*

¹⁴ Cabe recordar que, conforme con el artículo 37 del RLFE, el plazo de tres (3) días más el término de la distancia debe computarse en función con los días laborales del centro de trabajo. Así, los días exactos mencionados pueden variar dependiendo de los días laborables en el centro de labores en concreto. En el presente informe se ha considerado que los días laborables son los siete (7) días de la semana pues así era en el empleador del caso materia de análisis.

efectuar al realizar los correspondientes descargos ante la imputación formulada¹⁵ (Subrayado agregado).

39. En virtud de lo expuesto, seguidamente sintetizo en el Cuadro N°1 mi postura respecto de la procedencia del despido en el caso de la comisión de la falta grave por abandono de trabajo tipificada en el literal h) del artículo 25 de la LPCL, tomando en cuenta el plazo de tres (3) días más el término de la distancia regulado en el artículo 37 del RLFE y la justificación de las inasistencias cometidas.

Cuadro N°1

Procedencia del despido por la comisión de la falta grave de abandono de trabajo regulada en el literal h) del artículo 25 de la LPCL

1) Comunicación al empleador de las razones de las inasistencias en el plazo estipulado en el artículo 37 del RLFE	2) Envío al empleador de los sustentos fidedignos que justifiquen las inasistencias en un plazo razonable	3) ¿Es acorde a derecho que el empleador inicie el procedimiento de despido?	4) Si el trabajador remite en el procedimiento de despido los sustentos fidedignos que justifiquen sus inasistencias, ¿es acorde a derecho que el empleador lo despida?
Sí	Sí	No	No
Sí	No	Sí	No
No	Sí	No	No
No	No	Sí	No

Fuente: Elaboración propia

40. En el presente expediente, el demandado imputó a la demandante la comisión de abandono de trabajo del 1 al 9 de septiembre 2014. No obstante, ha quedado constatado por medio de dos (2) correos electrónicos enviados por la señora Benza a la señora Silva, que (i) el 5 de septiembre de 2014 el empleador tenía conocimiento de que la trabajadora se encontraba con un estado de salud delicado desde hacía varios días y que (ii) la demandante comunicó telefónicamente el 5 de septiembre de 2014 a la señora Valverde que contaba con descanso médico hasta el 21 de septiembre de 2014. A continuación, se presentan las referidas comunicaciones:

¹⁵ Casación N°4548-2014 LA LIBERTAD. Fecha: 3 de marzo de 2015.

Comunicación N°1

Correo electrónico enviado el 5 de septiembre de 2014 a las 11:28 a.m. por la señora Benza a la señora Silva que evidencia que tenía conocimiento de que la trabajadora se encontraba grave de salud

De: Jessica Benza [mailto:jessica.benza@tmperu.com.pe]
Enviado el: viernes, 05 de septiembre de 2014 11:28 a.m.
Para: Leslie Silva (leslie.silva@tmperu.com.pe)
CC: 'Uri Wurman'; Vanessa Herrera (vanessa.herrera@tmperu.com.pe); Karla Parraga
Asunto: Zona de Vanessa - Cubrimiento

Hola Les,

Según conversamos, Vanessa está indispuesta desde hace varios días y no sabemos cuántos días adicionales lo estará. No hemos podido comunicarnos con ella esta semana.

Por favor, pido tu apoyo para cubrir la zona de Vanessa hasta nuevo aviso. Sé que ya empezaste a hacerlo desde inicios de esta semana, pero quisiera formalizarlo. Esperamos que Vanessa se reincorpore prontamente.

Muchas gracias.

Saludos,
Jessica

Fuente: Anexo 1-D de la demanda presentada por la trabajadora

Comunicación N°2

Correo electrónico enviado el 5 de septiembre de 2014 a las 11:33 a.m. que acredita que la demandante dicho día se comunicó con la señora Valverde para poner en conocimiento de su empleador el motivo de sus inasistencias.

De: Jessica Benza [mailto:jessica.benza@tmperu.com.pe]
Enviado el: viernes, 05 de septiembre de 2014 11:33 a.m.
Para: Leslie Silva
CC: 'Uri Wurman'; Vanessa Herrera; Karla Parraga
Asunto: RE: Zona de Vanessa - Cubrimiento

Les,

Vanessa acaba de comunicarse con Paola y a partir de mañana empieza descanso médico por 2 semanas. Es decir, se reincorpora el 22 de setiembre.

Cuento con tu apoyo Les!
Desde ya, muchas gracias.

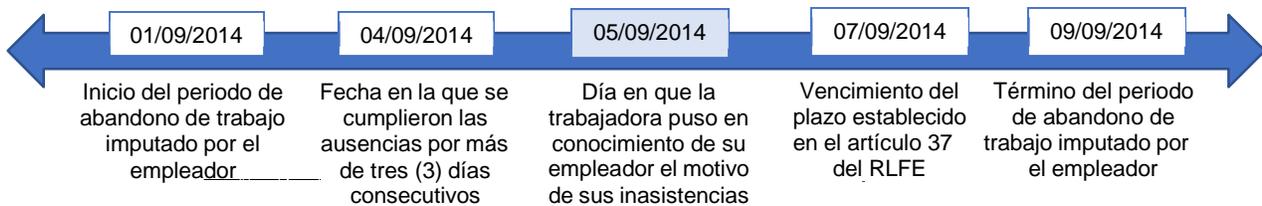
Saludos,
Jessica

Fuente: Anexo 1-D de la demanda presentada por la trabajadora

Por lo tanto, es indubitable que la demandante comunicó al empleador los motivos de sus inasistencias en el plazo de tres (3) días más el término de la distancia establecido en el artículo 37 del RLFE, tal como se ilustra en el Gráfico N°1 que se presenta a continuación. Siendo esto así, en mi opinión no fue acorde al marco jurídico que el empleador haya iniciado el procedimiento de despido el 10 de septiembre de 2014.

Gráfico N°1

Cumplimiento del artículo 37 del RLFE por parte de la trabajadora en relación con la comunicación al empleador del motivo de sus inasistencias



Fuente: Elaboración propia

41. En el procedimiento de despido la trabajadora contó con seis (6) días naturales para presentar sus descargos, en atención al artículo 31¹⁶ de la LPCL. El empleador le notificó la carta de preaviso de despido el 10 de septiembre de 2014 y, ese mismo día, recibió el descanso médico de la trabajadora por el periodo del 31 de agosto de 2014 al 21 de septiembre del mismo año. En consecuencia, las ausencias de la trabajadora imputadas como abandono de trabajo del 1 al 9 de septiembre quedaron debidamente justificadas antes de que el empleador le notifique la carta de despido con fecha 17 de septiembre de 2014. Agregado a ello, la trabajadora notificó al empleador sus descargos a la carta de preaviso de despido el 16 de septiembre del año en mención relatando lo que había sucedido. En virtud de lo expuesto, considero que el empleador no

¹⁶ Decreto Supremo N°003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27 de marzo de 1997). Artículo 31: “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. Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito. Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez.”

le debió haber notificado la carta de despido, por lo que en mi opinión el mismo devino en ilegal.

IV.1.2. Segundo problema jurídicamente relevante: ¿El despido notificado por el empleador a la trabajadora con fecha 17 de septiembre de 2014 califica como despido nulo?

42. Como señala Guillermo Boza Pró: *“El análisis de la problemática de la madre trabajadora no puede darse aislado del de la mujer que trabaja. En este sentido, no podemos dejar de mencionar que la mujer en el mercado laboral ha enfrentado desde siempre barreras mayores que los hombres en todas las fases de su actividad laboral. El principal argumento de los empleadores es que resulta más oneroso contratar a una mujer que contratar a un hombre (...) cabe relevar determinadas situaciones que determinan la particular protección de la madre trabajadora. Dos son de carácter objetivo y las dos restantes de carácter subjetivo. En efecto, existen dos hechos objetivos de carácter biológico que afectan únicamente a la madre, a saber, la gestación y la lactancia. Por su parte, como hechos subjetivos cabe anotar los patrones culturales que suelen ser tomados en cuenta en las decisiones empresariales y la postura de que contratar a mujeres resulta más oneroso”* (Boza, 2009). Las mujeres conforman un sector de la sociedad histórica y socialmente vulnerable que ha enfrentado -y continúa haciéndolo- un largo y arduo camino para lograr su inserción e igualdad en el mercado laboral, no pudiendo ser amparado por el derecho que una trabajadora sea despedida por ser mujer o por ser madre.
43. El inciso e) del artículo 29 de la LPCL vigente a la fecha de presentación de la demanda establece que es nulo el despido que tenga por motivo el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. En línea con ello, el inciso en mención indica que se presume que el despido tiene por motivo el embarazo si el empleador no acredita en estos casos la existencia de una causa justa para despedir y que, lo dispuesto en este artículo 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.

- 44.** Como se puede apreciar, la legislación no se ha limitado a establecer que el despido de una trabajadora gestante que tenga por motivo el embarazo es arbitrario, sino que le ha dado la calificación de nulo. Como indica Carlos Blancas Bustamante: *“La declaración de nulidad y la consiguiente tutela restitutoria a cierta clase de despidos, obedece a la trascendencia que para el ordenamiento tienen los bienes jurídicos que resultan lesionados por la materialización de aquellos”* (Blancas, 2013). En línea con ello, Cesar Landa Arroyo manifiesta que: *“Uno de estos bienes jurídicos especialmente protegidos es la igualdad y no discriminación, motivo por el cual nuestro ordenamiento legal ha señalado que el despido de una madre trabajadora es nulo si tiene como motivo el embarazo (...)”* (Landa, 2014). Así las cosas, en el despido nulo estamos ante la vulneración no solo del derecho al trabajo, sino también del derecho a la igualdad y no discriminación y; en este caso en concreto, de una trabajadora gestante, quien se encuentra especialmente protegida por la normativa nacional e internacional.
- 45.** A continuación, presento el análisis en virtud del cual concluyo que el despido notificado por el empleador con fecha 17 de septiembre de 2014 a la trabajadora califica como despido nulo.
- 46.** El primer elemento para que el despido pueda ser catalogado como nulo siguiendo lo dispuesto en el literal e) del artículo 29 de la LPCL vigente a la fecha de presentación de la demanda, es que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento¹⁷. En el caso materia de análisis, el reporte de la ecografía realizada a la demandante el 13 de septiembre de 2014 indica que tiene diez (10) semanas de embarazo. Tomando en cuenta que su despido se efectuó el 17 de

¹⁷ En la actualidad el literal e) del artículo 29 de la LPCL contempla el embarazo, el nacimiento o sus consecuencias o, la lactancia. En línea con ello, el artículo 6 de la Ley N°30709 prohíbe el despido por motivos vinculados al embarazo o la lactancia, siguiendo lo dispuesto por el Convenio N°183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificado por el Perú.

septiembre de 2014 y que su gestación no se vio interrumpida, sí se cumple con este presupuesto.

47. La segunda característica para que el despido pueda ser calificado como nulo por la causal expuesta, es que el empleador no acredite la existencia de una causa justa para despedir. En el expediente en cuestión, el demandado imputó a la demandante haber cometido abandono de trabajo del 1 al 9 de septiembre de 2014, no obstante, conforme con lo detallado en el punto anterior, dicha falta grave no se configuró. Por lo tanto, el empleador no acreditó una causa justa para despedir.
48. El tercer requisito de acuerdo con la LPCL para determinar si se ha cometido un despido nulo por motivo de gestación, es que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido. No obstante, tal como desarrollaré a continuación, considero que este mandato no debía -ni debe- aplicarse en su sentido estrictamente literal sino interpretativo, toda vez que no sería acorde a derecho establecer una limitante a la protección contra el despido ilegal de las trabajadoras en estado de gravidez, tal como lo ha señalado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Así las cosas, en primer lugar, me pronunciaré sobre el tratamiento de este mandato en el momento de los hechos (cabe recordar que, el despido de la trabajadora fue notificado el 17 de septiembre de 2014) y, seguidamente, sobre la base del panorama jurídico actual.
49. Cuando la demandante fue despedida, el criterio interpretativo vigente en relación con este requisito no era si la trabajadora comunicó documentalmente su embarazo a su empleador antes de proceder con su despido; sino, si el estado de gravidez era notorio o evidente y/o si el empleador tenía conocimiento antes de despedir a la trabajadora, de que se encontraba gestando, independientemente de la forma en la que conoció esto. Me encuentro de acuerdo con Isabel Herrera Gónzales-Pratto cuando refiere que: *“Nos preguntamos si realmente debería exigirse una «notificación documental» que podría ser limitativa de la protección.”* (Herrera, 2007) pues a nivel nacional, la Constitución establece en su artículo 23 lo siguiente: *“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 (...) (Subrayado agregado).

50. Ciertamente, mediante la Casación N°275-2005 AREQUIPA, la Corte Suprema indicó que: “(...) la formalidad de la notificación queda de lado cuando se evidencia el embarazo de la madre gestante, pues la mencionada notificación no determina la protección a la que se encuentra sujeta (...)”¹⁸ (Subrayado agregado) y en la Casación N°2213-2006 LA LIBERTAD estableció que: “(...) la exigencia de poner en conocimiento del empleador el embarazo antes de que se produzca el despido, lo que en esencia busca es evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que requiera en este caso como requisito sine qua non la documentación presentada al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado por razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al artículo 23 de la Constitución Política del Estado; en consecuencia, de producirse el despido de una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo (...)”¹⁹ (Subrayado agregado). Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló en la sentencia recaída en el Expediente N°04844-2008-PA/TC que: “(...) Para declarar nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, lesivo del derecho a la no discriminación por razón del sexo, es menester la acreditación del previo conocimiento del estado de gestación por parte del empleador que despide o el requisito de la previa notificación de dicho estado por la trabajadora al empleador”²⁰.

¹⁸ Casación N°275-2005 AREQUIPA. Fecha: 15 de diciembre de 2005.

¹⁹ Casación N°2213-2006 LA LIBERTAD. Fecha: 18 de septiembre de 2007.

²⁰ Expediente N°04844-2008-PA/TC. Fecha: 14 de abril de 2010.

51. En el expediente analizado, el 25 de agosto de 2014 la trabajadora informó por medio de WhatsApp a la señora Benza, quien ostentaba un cargo de dirección de acuerdo con lo relatado anteriormente, que tenía una cita de control prenatal en dicha fecha. El 26 de agosto del mismo año, le manifestó por la misma vía, que en el transcurso del día tenía una ecografía. En ambas oportunidades, la señora Benza le otorgó permiso a la trabajadora, siendo ambas diligencias médicas en su horario de trabajo. A continuación, se presentan las conversaciones en mención.

Comunicación N°3

Mensaje vía WhatsApp enviado por la trabajadora a la señora Benza el 25 de agosto de 2014 comunicando una cita de control prenatal para dicho día, siendo afirmativa la respuesta de la señora Benza

```
25/8/2014 16:36: Vane: Jessica, en 30 min estoy retirandome a la Clínica, tengo cita por control prenatal. Gracias!  
25/8/2014 18:39: Jessica: Hola vanessa! Ok! Hablamos.
```

Fuente: Anexo 1-D de la demanda presentada por la trabajadora.

Comunicación N°4

Mensajes vía WhatsApp enviado por la demandante a la señora Benza el 26 de agosto de 2014 manifestando que dicho día tenía una ecografía, ante lo cual la señora Benza le brindó permiso. Asimismo, horas más tarde la trabajadora le indicó que todo va bien con el bebé y la señora Benza respondió positivamente

```
26/8/2014 11:35: Vane: Hola Jessica, te comunico que hoy tengo que hacerme una eco a las 3pm, por lo que estaré hoy monitoreando locales vía mail. En un momento te enviaré mi ruta para los siguientes días. Gracias.  
26/8/2014 12:41: Jessica: Hola vanessa, entiendo, sin embargo si la cita es a las 3pm no entiendo por que no pudiste ir a tiendas mas temprano y luego retorna despues de la eco.  
26/8/2014 18:05: Vane: Hola Jessica, todo bien con el bebe, acabo de salir de la clínica y el lunes tengo cita con el Dr  
26/8/2014 21:20: Jessica: Que bueno vanessa!!
```

Fuente: Anexo 1-D de la demanda presentada por la trabajadora.

52. Naturalmente, si el empleador consideraba que con dichos mensajes no podía entenderse que la trabajadora se encontraba embarazada, entonces le hubiese negado los permisos solicitados. Es sumamente contradictorio que, el demandado haya desconocido en el proceso judicial haber tenido conocimiento de que la trabajadora se encontraba gestando en el momento que fue despedida, pese a que como ha quedado evidenciado, ella no solo lo comunicó, sino que, además, el empleador tomó como válida y suficiente esta

comunicación al otorgarle los permisos solicitados que precisamente tenían como motivo su gestación.

- 53.** Ahora bien, este criterio interpretativo ha variado en la actualidad. En efecto, hoy en día ya no es exigible ni la comunicación documental en mención ni que el empleador haya tomado conocimiento de forma previa al despido que la trabajadora se encontraba gestando para que el despido pueda ser catalogado como nulo; sino, basta únicamente que la trabajadora demuestre que se encontraba embarazada en el momento del despido para cumplir con este requisito. Así, como se evidenciará seguidamente, el mandato legal referente a la comunicación documental debe necesariamente atender a la protección contra el despido ilegal de las trabajadoras gestantes.
- 54.** Mediante Resolución Legislativa N°30312 publicada el 22 de marzo de 2015, el Perú ratificó el Convenio N°183 de la OIT, Convenio sobre la protección de la maternidad, el cual señala expresamente en el numeral 1 de su artículo 8 lo siguiente: *“Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”* (Subrayado agregado). En línea con ello, el 27 de diciembre de 2017 se publicó la Ley N°30709, la cual establece en su artículo 6 que: *“Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad”*.
- 55.** Al respecto, el Tribunal Constitucional manifestó en la sentencia recaída en el Expediente N°2748-2021-PA/TC que: *“Este convenio [el Convenio N°183 de la OIT] establece que esa protección es de carácter objetivo. El artículo octavo prohíbe “al empleador que despida a una mujer que esté embarazada”, es decir,*

que esa prohibición no está condicionada a comunicación alguna: es suficiente que la trabajadora demuestre que se encuentra en estado de gestación para que opere una suerte de “fuero maternal”, que impide al empleador poner fin al contrato de trabajo unilateralmente -sea por el despido como por la no renovación de un contrato temporal-, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia²¹” (Subrayado agregado).

- 56.** En línea con ello, en la Casación Laboral N°30535-2019 LIMA, la Corte Suprema estableció como doctrina jurisprudencial las siguientes reglas: “En los procesos de nulidad del despido por móvil originado en el embarazo de las trabajadoras, los jueces de todas las instancias deberán tener en cuenta las reglas siguientes: 1. Se presume que el despido ha tenido como móvil el embarazo cuando produce durante el periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto. 2. No resulta necesario que la trabajadora comunique al empleador por escrito su condición de gestante. 3. El empleador tiene la carga de la prueba de la causa justa de despido cuando este se produzca durante el periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto. 4. En el caso de trabajadoras gestantes despedidas durante el periodo de prueba, sin que exista una causa justa, se presume que el móvil del despido ha sido el embarazo²²” (Subrayado agregado).
- 57.** En virtud de lo expuesto, bajo el criterio actual, con el cual coincido, no se hubiese requerido de los mensajes vía WhastApp previamente expuestos para que el despido de la demandante pueda ser catalogado como nulo. Siguiendo lo dispuesto por la normativa internacional, nacional y el criterio judicial, se hubiese tenido que presentar en el juicio únicamente una prueba que acredite que la trabajadora se encontraba en estado de gravidez (como una prueba de embarazo o una ecografía) en el momento en el que fue despedida por el empleador.

²¹ Expediente N°2748-2021-PA/TC. Fecha: 22 de julio de 2022.

²² Casación Laboral N°30535-2019 LIMA. Fecha: 6 de septiembre de 2022.

IV.1.3. Tercer problema jurídicamente relevante: ¿La demandante tenía derecho a la reposición en el mismo puesto de trabajo y con la calificación de confianza?

- 58.** Teniendo como premisa que sostengo que la trabajadora fue víctima de un despido nulo basado en su estado de gestación, cabe traer a colación las siguientes palabras de Carlos Blancas Bustamante: *“La “nulidad” del despido deriva, en tal caso, de la conexión directa e inmediata entre el acto del despido y la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, sancionando como absolutamente ineficaz aquel que obedezca al propósito de restringir, impedir o reprimir el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador.”* (Blancas, 2013). Sobre la base de esta afirmación, a continuación presento los principales argumentos por los cuales considero que la trabajadora tenía derecho a ser repuesta en el mismo puesto laboral que ocupó (Supervisora Regional) y con la calificación de confianza.
- 59.** En el caso analizado, nos encontramos ante un despido inconstitucional, toda vez que se lesionó el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad y no discriminación. De esta forma, sería absurdo consentir esta vulneración, siendo lo acorde a la Constitución, la ineficacia del despido y la readmisión en el empleo de la trabajadora. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional: *“(…) la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51 de nuestra Norma Fundamental no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra”*²³. Así las cosas, la nulidad de actos que afectan derechos constitucionales -como el despido nulo- tiene fundamento en la Carta Magna.
- 60.** En línea con ello, María Emilia Casas Baamonde, citada por Carlos Blancas Bustamante, sostiene que: *“la nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales no es una decisión del legislador, sino un mandato imperativo contenido en la Constitución, que aquel está obligado a respetar y operativizar”*

²³ Expediente N°976-2001-AA/TC. Fecha: 13 de marzo de 2003.

(Blancas, 2013). En virtud de lo expuesto, la readmisión en el empleo de la demandante no se sustenta únicamente en el mandato legal contenido en el artículo 34 de la LPCL, el cual establece que, en el caso del despido arbitrario, el trabajador tendrá derecho al pago de una indemnización y que, en el caso del despido nulo, el trabajador tendrá derecho a la reposición; sino, en la propia Constitución -norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico-.

- 61.** Este mandato constitucional -y legal- es para todo trabajador que sufre un despido nulo, independientemente de su puesto de trabajo y/o calificación. Ciertamente, no se dispone excepción alguna que establezca que los trabajadores de confianza que fuesen víctima de un despido nulo no tendrán derecho a la tutela restitutoria y que, excepcionalmente, tendrán derecho únicamente a la tutela resarcitoria. De hecho, un mandato así iría completamente en contra de la protección de derechos constitucionales. En efecto, los derechos constitucionales de todo trabajador tienen que ser garantizados, con lo cual no es razonable que una indemnización tarifada enmiende el daño provocado por un despido inconstitucional, independientemente de si el trabajador fue de confianza, dirección o común. De admitirse ello, se vaciaría de contenido el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución, el cual dispone que: *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”* (Subrayado agregado).
- 62.** Considero que, el tipo de reparación ante un despido ilegal: pago de la indemnización por despido arbitrario o la reposición del trabajador en el empleo, no se determina por el tipo de trabajador que fue o la naturaleza de las labores que desarrolló, sino en función del grado de afectación que afrontó cuando se vio despedido. En este sentido, no admitir la reposición de la trabajadora por ostentar un cargo de confianza significaría que sus derechos constitucionales gozan de menor protección que los de los trabajadores comunes, no siendo así mercedora del grado de protección designado por la Constitución y especificado en la LPCL. El Tribunal Constitucional no ha dubitado en ordenar en múltiples sentencias la reposición de trabajadoras que fueron víctimas de despido nulo por encontrarse embarazadas aduciendo, entre otros, que: *“(…) la*

discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por lo tanto, cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción) en el ámbito público o privado que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de gravidez, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de que es titular, constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno derecho por contravenir el inciso 2, del artículo 2, de la Constitución”²⁴.

¿Este argumento acaso no es aplicable para las trabajadoras gestantes que ocupan un puesto de confianza? Soy de la opinión de que sí: efectivamente considero que ellas merecen la misma protección contra el despido nulo como cualquier otra trabajadora, al ser también titulares del derecho al trabajo y del derecho a la igualdad y no discriminación.

- 63.** Asimismo, debe tenerse en cuenta que, al proteger a las trabajadoras embarazadas de un despido ilegal por su estado de gravidez también se está salvaguardando el interés superior del niño. Ciertamente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma en la sentencia recaída en el Expediente N°00388-2013-PA/TC: *“Una trabajadora embarazada, en tanto titular de una especial protección constitucional, tiene habilitada la jurisdicción constitucional para exigir el cumplimiento de los mencionados descansos pues, dada su situación de gravidez, el Estado se encuentra en la ineludible necesidad de adoptar medidas urgentes para salvaguardar sus intereses, así como los del niño que está por nacer”* (Subrayado agregado). En línea con ello, Cesar Landa Arroyo ha sostenido que: *“La protección de la madre trabajadora no se da únicamente porque es mujer, sino porque la protección alcanza también a la potencial vida humana que puede traer ella consigo”* (Landa, 2014) y Guillermo Boza Pró ha señalado que: *“(…) consideramos que no son ellas el único sujeto destinatario de la norma, pues consideramos que la protección a la madre viene*

²⁴ Expediente N°01151-2010-PA/TC. Fecha: 30 de noviembre de 2010.

acompañada de la protección al concebido —embrión y feto—, así como al recién nacido” (Boza, 2011). Considero que, la Corte Suprema no tuvo en consideración el interés superior del niño en la decisión que adoptó, ni tomó en cuenta los efectos a corto o mediano plazo que ocasionaría en el menor convalidar un despido discriminatorio de su madre.

64. Aunado a ello, no debe pasar desapercibido que, en el caso concreto, el empleador despidió a la trabajadora sobre la base de una falta grave que ella no cometió (abandono de trabajo) y, en el proceso judicial alegó que, de todas formas, no podría ser repuesta en el empleo -aunque ella así lo solicitaba en su demanda- pues ocupaba un puesto de confianza. Al declarar infundada la demanda, prácticamente la Corte Suprema convalidó que, aunque el despido de la trabajadora haya sido injustificado -y, específicamente nulo según lo de he detallado- surtiría efectos, no teniendo derecho a recuperar su empleo. Así, aunque el empleador haya actuado, a mí parecer, de mala fe, y haya transgredido los derechos laborales y constitucionales de la trabajadora, su decisión fue ratificada judicialmente, ¿cómo ello puede ser acorde al derecho? A mi parecer, no lo es; más aún teniendo como Carta Magna una Constitución que inicia con un artículo primero que establece que: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

65. Como indica César Landa Arroyo: *“Más allá de cualquier duda sobre el concepto de la dignidad humana, el Estado tiene el derecho y el deber de garantizarla, incluso por grave que sea la afectación al orden jurídico y a la seguridad nacional. Por ello, no cabe admitir que el gobierno pueda ejercer su poder sin límite alguno, o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos sin sujeción al derecho o a la moral, porque ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana. Por el contrario, todos están obligados a actuar en función de la dignidad de la persona humana y con mayor responsabilidad pública; las autoridades, en virtud de lo cual es relevante elaborar las funciones constitucionales que se deben cumplir a través de la dignidad” (Landa, 2000). A mi juicio, en el presente caso la Corte Suprema no respetó la dignidad de la trabajadora ni defendió su*

persona, al convalidar su despido nulo bajo el único sustento de que ocupaba un cargo de confianza desde el inicio de la relación laboral pues colocó esta calificación por encima de sus derechos constitucionales.

- 66.** Erróneamente, la Corte Suprema esgrimió en el fundamento 8 de la Casación que, en ningún caso un trabajador de confianza que tuvo dicha calificación desde el inicio de la relación de trabajo puede ser repuesto en el puesto de trabajo que venía ocupando, al señalar que: *“En el presente caso, tenemos que la demandante siempre se desempeñó en el cargo de confianza de Supervisora Regional, por lo que aplicando el criterio antes descrito, se concluye que el despido de un trabajador de confianza no puede acarrear la reposición del mismo”*. Así, la Corte Suprema aplicó de manera mecánica un criterio que venía siendo esbozado en otros casos resueltos por este mismo organismo judicial o por el Tribunal Constitucional, sin detenerse a evaluar las particularidades del caso en concreto. Como se ahondará más adelante en el presente informe, la Casación ni siquiera menciona -ni mucho menos evalúa en su análisis- un hecho tan esencial como es que la trabajadora se encontraba gestando.
- 67.** Asimismo, en la Casación la Corte Suprema se amparó en pronunciamos del Tribunal Constitucional para determinar que en ningún caso puede haber la reposición de un trabajador de confianza que ostentó esta calificación desde el inicio de la relación de trabajo. Sin embargo, (a) en ninguna de las sentencias referidas por la Corte Suprema se analizó el despido nulo de una trabajadora gestante -ni siquiera un despido nulo por otro motivo prohibido-, por lo que, al no tratarse de casos iguales, no hay fundamento alguno para adoptar la misma decisión y (b) dichas sentencias no constituyen precedentes vinculantes, por lo que no hay sustento jurídico para anteponer estos pronunciamientos sobre el mandato constitucional y legal establecido en el artículo 34 de la LPCL que dispone la reposición en los casos en los que se verifique la comisión de un despido nulo.
- 68.** Para la Corte Suprema entonces, un trabajador de confianza puede ser víctima de un despido nulo, pero como es de confianza entonces no puede ser repuesto en su puesto de trabajo. Tal como se ha evidenciado, me encuentro

completamente en contra de esta posición por desproteger flagrantemente derechos constitucionales e ir en contra de la propia Norma Fundamental. Coincidió con Jorge Toyama Miyagusuku y Marilú Merzthal Shigyo cuando afirman que: *“En suma, podemos decir que cuando un trabajador de dirección y confianza sea despedido con lesión de sus derechos fundamentales, tendrá derecho a que se le reponga en el puesto que venía ocupando. El sustento se debe a la protección de los derechos fundamentales del trabajador en su condición de persona o cuando existe simulación o fraude en la calificación de personal de dirección y confianza”* (Toyama & Merzthal, 2014).

- 69.** Cabe agregar además que, los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Lima en el II Pleno Jurisdiccional Distrital en materia laboral y procesal laboral de fecha 9 de octubre de 2020 acordaron que sí procede la reposición en el empleo de la madre gestante que ostente un cargo de confianza. En el mismo sentido, en las Sentencias de Vista de los Expedientes N°06763-2018-0-1801-JR-LA-18 y N°09744-2019-0-1801-JR-LA-18 del 19 de junio de 2019 y 24 de junio de 2021, respectivamente, se ordenó la reposición de trabajadoras protegidas por el fuero maternal que ocupaban cargos de confianza desde el inicio de la relación de trabajo. Los recursos de casación de ambos casos están pendientes de ser resueltos por la Corte Suprema. Es preciso mencionar que, tanto el referido Pleno Jurisdiccional Distrital como las dos (2) Sentencias de Vistas mencionadas fueron emitidas posteriormente a la expedición de la Casación.

IV.2. Principales problemas jurídicamente relevantes de forma

- IV.2.1. Cuarto problema jurídicamente relevante:** ¿La trabajadora tenía derecho a que su demanda sea admitida por la vía abreviada laboral, si así lo solicitaba? ¿Era esta vía la más apropiada para resolver su caso?

- 70.** La trabajadora solicitó en su escrito de demanda que su caso sea ventilado por medio del proceso ordinario laboral y, efectivamente, en el auto admisorio se admitió por dicha vía. Sin lugar a duda, su pretensión principal única de

reposición por despido nulo podía²⁵ -y así fue- tramitada por medio de dicha vía; sin embargo, cabe cuestionarse si la trabajadora tenía derecho a que su demanda sea resuelta por el proceso abreviado laboral si así lo solicitaba, en tanto requería una tutela urgente por su estado de gestación y dicho proceso es considerablemente más célere. Es preciso recordar que, la demanda fue presentada por la trabajadora el 1 de octubre de 2014 y la Audiencia de Juzgamiento fue realizada cerca de un (1) año después, concretamente, el 14 de septiembre de 2015.

71. Dentro de la estructura del proceso ordinario laboral se cuenta con las siguientes dos (2) audiencias: la audiencia de conciliación y la audiencia de juzgamiento. En la primera audiencia, el juez invita a las partes a conciliar y participa para poner fin total o parcialmente a la controversia planteada; en caso esto no suceda o se resuelva únicamente de forma parcial, el juez precisa las pretensiones que son materia de juicio y requiere al demandado el escrito de contestación de demanda. En la segunda audiencia, se realiza la confrontación de posiciones, la actuación probatoria, la formulación de alegatos y se dicta sentencia. Respecto de los plazos, la fecha y hora de la audiencia de conciliación debe ser entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes de la fecha de calificación de la demanda²⁶ y, la audiencia de juzgamiento debe programarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de la audiencia de conciliación²⁷; sin embargo, dada la alta carga judicial, estos plazos son difícilmente seguidos, siendo lo más frecuente que sean superados.

²⁵ Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (15 de enero de 2010). Artículo 2, numeral 1): “*Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: 1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios (...)*”.

²⁶ Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (15 de enero de 2010). Artículo 42, literal b): “*Verificados los requisitos de la demanda, el juez emite resolución disponiendo: b) La citación a las partes a audiencia de conciliación, la cual debe ser fijada en día y hora entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda*”.

²⁷ Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (15 de enero de 2010). Artículo 43, numeral 3): “*En caso de haberse solucionado parcialmente el conflicto, o no haberse solucionado, el juez precisa las pretensiones que son materia de juicio; requiere al demandado para que presente, en el acto, el escrito de contestación y sus anexos; entrega una copia al demandante; y fija día y hora para la audiencia de juzgamiento, la cual debe programarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, quedando las partes notificadas en el acto (...)*”.

72. En efecto, si bien la promulgación de la NLPT en el año 2010 generó mucha expectativa por diversos motivos, entre ellos la celeridad, tal como indica Carlos Quispe Montesinos: *“Se creyó extendidamente (entre jueces, abogados, trabajadores y empleadores) que la duración de los juicios laborales se reduciría sustancialmente en todas sus etapas y se presentó al nuevo modelo procesal cual suerte de panacea de la solución de todos los problemas judiciales de la especialidad laboral”* (Quispe, 2020); como refiere el mismo autor: *“(…) si el leitmotiv de la reforma fue la celeridad procesal, esta no se ha convertido en una característica distintiva en la tramitación de la mayoría de los juicios. La NLPT diseñó procesos con estructuras concentradas, pero la práctica judicial revela que la duración de los juicios es casi la misma a la que se observaba bajo el modelo procesal anterior”* (Quispe, 2020).
73. Tomando en cuenta el panorama esbozado, a continuación presentaré los principales argumentos por los cuales considero que la trabajadora sí tenía derecho a que su demanda sea admitida por la vía abreviada laboral, si así lo solicitaba y, además, que esta vía era la opción procesal más apropiada para resolver su controversia.
74. Como refiere Rodrigo, Elías & Medrano Abogados: *“El proceso abreviado laboral contempla una estructura que facilita una tramitación sencilla de la controversia y una celeridad expedición de la decisión judicial”* (Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, 2020). Ciertamente, en el proceso abreviado laboral, el demandado cuenta con diez (10) días hábiles, desde la fecha de calificación de la demanda, para presentar su escrito de contestación y, se cuenta con una audiencia única que concentra los actos que se realizan en las dos (2) audiencias que forman parte del proceso ordinario laboral (conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y se emite sentencia), lo cual indubitablemente tiene como consecuencia que sea un proceso mucho más ágil que este último. Esta audiencia única debe ser entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes de la fecha de calificación de la demanda²⁸, a pesar de que como se

²⁸ Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (15 de enero de 2010). Artículo 48, literal c): *“Verificados los requisitos de la demanda, el juez emite resolución disponiendo: c) La citación a las partes a audiencia única, la cual debe ser fijada entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda”*.

ha referido, en la práctica la celeridad no ha sido la esperada, de todas formas, se desarrolla con mayor agilidad que el proceso ordinario laboral.

75. Ahora bien, a través del proceso abreviado laboral únicamente se podrán conocer las siguientes tres (3) pretensiones estipuladas en el artículo 1 de la NLPT. Ciertamente, al tratarse de una alternativa más célere, es lógico que se encuentre delimitado.

- *“Las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP) originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios” (Artículo 1, numeral 1 de la NLPT).*
- *“La reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única” (Artículo 1, numeral 2 de la NLPT).*
- *“Las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical” (Artículo 1, numeral 3 de la NLPT).*

76. Como se puede apreciar, la primera pretensión depende netamente de la cuantía; mientras que, en las otras dos (2) pretensiones se toma en cuenta el criterio material. Respecto de estas últimas, coincido con la decisión del legislador de otorgar una alternativa procesal particularmente célere a pretensiones que requieren de manera especial una tutela mucho más urgente. Así, podemos afirmar que, a través del proceso abreviado laboral se pueden conocer los casos de nulidad de despido contemplados en el artículo 29 de la LPCL referentes a la tutela jurisdiccional efectiva, la libertad sindical y la igualdad y no discriminación, siempre que el demandante solicite su reposición en el empleo como pretensión principal única. Adicionalmente, en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral del 4 y 14 de mayo de 2012, se acordó que los jueces laborales también podrán conocer la pretensión de reposición en

casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión principal única.

- 77.** Al tratarse de una demanda de despido nulo por embarazo con una pretensión principal única de reposición, es claro que pudo haber sido presentada por la vía abreviada laboral, el mismo que encuentra fundamento principalmente en los principios del proceso laboral de concentración y celeridad reconocidos en la NLPT. Aunque respeto la decisión de la demandante de presentar su demanda por la vía ordinaria, en mi opinión la alternativa procesal más conveniente para conocer su caso era la vía abreviada laboral. Al tratarse de una trabajadora gestante despedida, bajo mi percepción, de manera ilegal -específicamente mediante un despido nulo-; es innegable que la urgencia en el desarrollo y decisión del proceso adquiere una especial relevancia para ella y para el concebido. Siendo esto así, hubiese recibido una tutela notoriamente más ágil de haber solicitado que su caso sea ventilado por el proceso abreviado laboral.
- 78.** Es importante precisar que, el fondo de la controversia pudo haberse resuelto por medio de los dos (2) procesos laborales en mención: se declara fundada o infundada la demanda y, en caso se ampare la pretensión, se ordena también el pago de las remuneraciones devengadas o salarios caídos. Efectivamente, en los casos de despido nulo, no se requiere que el demandante solicite en su escrito de demanda el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta la fecha de reposición más los depósitos correspondientes por tiempo de servicios, pues en aplicación del artículo 40²⁹ de la LPCL, al declararse fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará conjuntamente el pago de dichos conceptos. Inclusive, por medio del proceso constitucional de amparo -cuya aplicación en materia laboral se desarrollará en el siguiente acápite- se ordenó por primera vez el pago

²⁹ Decreto Supremo N°003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27 de marzo de 1997). Artículo 40: *“Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses”.*

de remuneraciones devengadas en un caso de despido nulo en la sentencia recaída en el Expediente N°02748-2021-PA/TC del 22 de julio de 2022.

- 79.** Así, el motivo por el cual considero que la vía procesal más apropiada para la trabajadora era el proceso abreviado laboral es la celeridad única de este proceso (siendo consciente de las limitaciones prácticas). Y es que, la rapidez con la cual se desarrolla y define una controversia no debe pasar desapercibido; más aún, al tratarse de una persona que forma parte de un grupo especialmente protegido como lo son las trabajadoras embarazadas y cuya alegación es haber sido víctima de un despido por tal condición. Coincido con Mario Pasco Cosmópolis cuando refiere que: *“La lentitud de los procesos es el mal más generalizado y la fuente de las mayores críticas al sistema judicial, que ya es dramática en los procesos comunes, y alcanza dimensión trágica en los laborales”* (Pasco, 2009). Evidentemente, a la fecha de la casación, la trabajadora ya no se encontraba embarazada ni en periodo de lactancia, por lo que en caso se hubiese ordenado su reposición, ya no hubiese gozado de la protección especial de este grupo de trabajadoras.
- 80.** Lo previamente mencionado adquirió especial relevancia para el máximo intérprete de la Carta Magna. En efecto, por años el Tribunal Constitucional decidió no ordenar la reposición de trabajadores embarazadas que fueron víctimas de despidos nulos, pues los magistrados consideraron que, pese a que el despido haya sido efectivamente nulo, al momento de expedición del fallo, ya no gozaban con la tutela reforzada otorgada por el ordenamiento jurídico. En línea con ello, en la sentencia dictada en el Expediente N°03322-2019-PA/TC, el máximo intérprete de la Constitución sostuvo lo siguiente: *“Por ello, correspondería tutelar los derechos al trabajo y a la igualdad, así como el derecho a no ser discriminado, y disponer la reposición laboral de la recurrente en protección de su derecho de continuar percibiendo sus remuneraciones durante el periodo de gestación y el año de lactancia, pero como este ha vencido con notable exceso, tal reposición laboral ya no cabe, por lo que el daño se ha tornado en irreparable.”*³⁰ (Subrayado agregado). Así las cosas, si bien la

³⁰ Expediente N°03322-2019-PA/TC. Fecha: 11 de marzo de 2021.

demanda fue declarada fundada al haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo y de la igualdad y no discriminación, la pretensión de reposición fue declarada improcedente.

- 81.** A todas luces, es preocupante e importante la celeridad que deben tener los procesos judiciales que atiendan la reposición de trabajadoras embarazadas, siendo este un motivo esencial para haber optado por presentar la demanda por la vía abreviada laboral. Finalmente, en el expediente citado, aunque el Tribunal Constitucional reconoció que el empleador cometió un despido nulo, no pudo repararlo, limitándose únicamente a hacer un exhorto al empleador para evitar que casos así se repitan en el futuro, cuando lo que la trabajadora buscaba era ser repuesta en el empleo: *“Dada la situación descrita, en armonía con lo establecido en el último párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, al haberse acreditado que el despido del que fue víctima la recurrente resultó nulo, corresponde declarar fundada la demanda, para que situaciones semejantes no se repitan exhortándose a la emplazada a no incurrir nuevamente en este tipo de conductas arbitrarias y lesivas de los derechos fundamentales de sus trabajadores^{31”}.*

IV.2.2. Quinto problema jurídicamente relevante: ¿La demanda de la trabajadora hubiese sido declarada procedente de haber sido presentada por la vía del proceso constitucional de amparo?

- 82.** Si el despido de la trabajadora hubiese ocurrido hoy en día y hubiese presentado una demanda de amparo, correspondería que su procedencia sea examinada a la luz del Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante, “NCPC”), aprobado por la Ley N°31307 y vigente desde el 24 de julio de 2021 y, bajo el Precedente Vinculante Elgo Ríos de fecha 12 de mayo de 2015 dispuesto en la sentencia recaída en el Expediente N°02383-2013-PA/TC (en adelante, “Precedente Elgo Ríos”).

³¹ Expediente N°03322-2019-PA/TC. Fecha: 11 de marzo de 2021.

83. Empero, es importante recordar que, la trabajadora fue despedida el 17 de septiembre de 2014 y presentó su demanda en la vía procesal laboral el 1 de octubre de 2014. En caso hubiese presentado la demanda de amparo en la misma fecha que presentó su demanda en la vía laboral o dentro del plazo de sesenta (60) días hábiles de producido el despido establecido en el artículo 44 del CPC³², la norma aplicable para determinar la procedencia de su demanda de amparo, en caso hubiese optado por presentarla, hubiese sido el Código Procesal Constitucional (en adelante, “CPC”) aprobado por la Ley N°28237, vigente desde el 1 de diciembre de 2004 y, también se tendría que haber considerado el Precedente Vinculante Baylón Flores de fecha 14 de diciembre de 2005 establecido en el Expediente N°0206-2005-PA/TC (en adelante, “Precedente Baylón Flores”),

84. Para mejor entender, a continuación se presenta el Gráfico N°2 en el cual se ilustra lo previamente mencionado:



Fuente: Elaboración propia

85. En virtud de lo expuesto, primero se resolverá la pregunta planteada situándonos en el momento de los hechos. Posteriormente, se dilucidará la misma interrogante bajo el panorama jurídico actual. Cabe señalar sin embargo que, como se apreciará en los siguientes párrafos, considero que en ambos escenarios el Tribunal Constitucional hubiese declarado procedente la demanda de la trabajadora por medio del proceso constitucional de amparo. A

³² Código Procesal Constitucional (28 de mayo de 2004). Artículo 44: “El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda (...)”.

continuación, relato los principales fundamentos que sustentan mi posición, y mi opinión al respecto.

- 86.** Respecto del CPC, es esencial resaltar que este instituyó el carácter residual del proceso de amparo en el numeral 2 del artículo 5³³, pues antes de la entrada en vigencia de esta norma, regía la Ley N°23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, con la cual el proceso de amparo era alternativo³⁴. En efecto, como asevera May Lin Ataca: *“Podemos considerar que bajo la legislación anterior al Código Procesal Constitucional la regla era la alternabilidad de las vías por cuanto se consideraba que la vía judicial ordinaria no ofrecía mecanismos de tutela idóneos y/o adecuados para la protección de derechos constitucionales vulnerados. Este panorama cambió tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (...)”* (Ataca, 2007). De esta forma, es clara la intención del legislador de evitar que todas las controversias que presenten una amenaza o vulneración de derechos constitucionales sean planteadas por la vía del proceso de amparo, intentando así modificar la realidad que se venía suscitando.
- 87.** A pesar de que el CPC instauró este carácter residual o subsidiario del proceso constitucional de amparo únicamente cuando existiesen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias, no definió que significaba ello. Por el contrario, mediante el Precedente Baylón Flores, se estableció como precedente vinculante³⁵ que: *“(...) cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral si así lo estima conveniente.”* Siendo ello así, el Tribunal Constitucional reconoció como precedente vinculante que sería procedente la demanda de

³³ Código Procesal Constitucional (28 de mayo de 2004). Artículo 5, numeral 2): *“No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.”*

³⁴ Ley N°23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo (7 de diciembre de 1982). Artículo 6, numeral 3): *“No proceden las acciones de garantía: 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”.*

³⁵ El Precedente Baylón Flores incluyó también como precedente vinculante otros fundamentos de la sentencia recaída en el N°0206-2005-PA/TC; sin embargo, se ha citado el principal fundamento vinculante que versa sobre el tema materia del presente informe.

amparo interpuesta por un extrabajador que fue víctima de un despido nulo, pese a que también tuviese la opción de presentarla por la vía del proceso laboral.

88. Tal como indica Javier Dolorier Torres: *“(…) de acuerdo al artículo 29° de la LPCL, se producirá el mismo [despido nulo] cuando el despido se justifique en una de las causas señaladas taxativamente en el citado dispositivo. Las mismas que atienden a criterios basados en el impedimento del ejercicio de la libertad sindical, discriminación, o embarazo. La sentencia expedida por el TC [Tribunal Constitucional] y recaída en el proceso de César Baylón Flores, señala que este tipo de despido tendrá protección mediante el proceso de amparo”* (Dolorier, 2006). Por lo tanto, pese a la intención del legislador de que el proceso de amparo fuese uno subsidiario, el máximo interprete de la Constitución permitió que las demandas de despido nulo fuesen admitidas por medio del proceso de amparo, si el extrabajador así lo solicitaba. Es menester recordar que, este proceso constitucional no cuenta con una etapa probatoria³⁶ -de acuerdo tanto con el CPC y con el NCPC-, con lo cual el demandante deberá dilucidar si es o no la vía más conveniente para su caso, así como el Tribunal Constitucional deberá determinar si le es posible o no pronunciarse sobre el fondo de la controversia sin la actuación de medios probatorios.

89. A la luz de lo expuesto, considero que no cabe duda de que la demanda de la trabajadora hubiese sido declarada procedente, de haberla presentado por medio del proceso de amparo. El Tribunal Constitucional reconoció expresamente esta posibilidad para los casos de despido nulo en el Precedente Baylón Flores y, en mi opinión, los medios probatorios del caso no requieren actuación toda vez que son de tipo documental. Cabe señalar que, por medio del proceso laboral, de declararse fundada la demanda, la trabajadora hubiese

³⁶ Código Procesal Constitucional (28 de mayo de 2004). Artículo 9: *“En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.”*

Nuevo Código Procesal Constitucional (23 de julio de 2021). Artículo 13: *“En los procesos constitucionales los medios probatorios se ofrecen con la interposición de la demanda y en el escrito de contestación. Sólo son procedentes aquellos que no requieren actuación, lo que no impide la realización de la actuación de las pruebas que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. El juez puede ordenar a petición de parte la exhibición de los documentos que se hallen en poder de dependencias estatales, bajo responsabilidad. En este último caso no se requerirá notificación previa (...)”*

tenido derecho no solo a la reposición en el empleo sino también al pago de las remuneraciones devengadas dejadas de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de su reposición. Por el contrario, de declararse fundada la demanda interpuesta por la vía del proceso de amparo, a la fecha de los hechos³⁷, podría haberse ordenado únicamente su reposición en el trabajo mas no el pago de remuneraciones devengadas con lo cual para obtener estas la demandante tendría que haber iniciado otro proceso por la vía laboral.

90. Corresponde a continuación, determinar si de acuerdo con el panorama jurídico actual la demanda de la trabajadora hubiese sido declarada procedente por la vía del proceso constitucional de amparo. Respecto del NCP, se mantuvo la subsidiariedad de este proceso³⁸. Ahora bien, el Precedente Elgo Ríos resolvió -aparentemente- la controversia sobre qué debía entenderse por vías igualmente satisfactorias. Así, se estableció que la vía ordinaria será igualmente satisfactoria a la vía del proceso constitucional de amparo si se demuestra el cumplimiento conjunto de los elementos indicados a continuación. En consecuencia, bastará la ausencia de alguno de estos aspectos para concluir que no existe una vía igualmente satisfactoria a la del proceso constitucional de amparo.

- La estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho.
- La resolución que se fuera a emitir podría brindar la tutela adecuada.
- No existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad.
- No existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

³⁷ En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°02748-2021-PA/TC de fecha 22 de julio de 2022 se ordenó por primera vez el pago de remuneraciones devengadas en el caso de un despido nulo.

³⁸ Nuevo Código Procesal Constitucional (23 de julio de 2021). Artículo 7, numeral 2): *"No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus."*

91. Al respecto, en la misma sentencia en la cual se estableció el Precedente Vinculante Elgo Ríos, el Tribunal Constitucional sostuvo que, el proceso abreviado laboral es considerado una vía igualmente satisfactoria cuando la demanda tenga la reposición como pretensión única: *“A modo de ejemplo, tenemos que una vía ordinaria especialmente protectora regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo es la del proceso abreviado laboral, cuya estructura permite brindar tutela idónea en aquellos casos en los que se solicite la reposición laboral como única pretensión. Nos encontramos entonces ante una vía procesal igualmente satisfactoria, siendo competente para resolver la referida pretensión única el juzgado especializado de trabajo”*. En el mismo sentido se han pronunciado Oxal Ávalos Jara y Elver Huamán Estrada, al señalar que: *“(…) podemos afirmar que el proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo es una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo (…). En aquellos lugares donde la Nueva Ley Procesal del Trabajo ya entró en vigencia, los jueces constitucionales deberán, como regla general, declarar la improcedencia de las demandas de amparo en las que se busque la reposición ante los despidos incausados, fraudulentos, nulos, y todo despido lesivo de derechos fundamentales”* (Ávalos & Huamán, 2012).
92. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional también dejó la posibilidad, en la misma sentencia en la cual recayó el Precedente Vinculante Elgo Ríos, de que el despido nulo pueda ser ventilado por la vía del proceso constitucional de amparo en caso el demandante no vaya a obtener tutela satisfactoria en la vía ordinaria laboral: *“Así, como antes [haciendo referencia al Precedente Vinculante Baylón Flores], en caso que la vía laboral no permita la reposición satisfactoria o eficaz del trabajador (supuesto de estructura idónea, previsto en el fundamento 13, supra), o cuando el demandante persiga la tutela urgente de sus derechos constitucionales frente a despidos nulos, en caso no vaya a obtener tutela satisfactoria en la vía laboral (supuesto de tutela idónea y urgencia iusfundamental, previstos en los fundamentos 13 y 14, supra), deberá admitirse a trámite la demanda de amparo”* (Subrayado agregado). Asimismo, después del Precedente Elgo Ríos, el máximo intérprete de la Constitución ha continuado resolviendo controversias respecto de despidos nulos sufridos por trabajadoras que fueron despedidas cuando estaban gestando, argumentando la necesidad

de otorgar una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias³⁹.

- 93.** En virtud de lo manifestado, soy de la opinión de que, también bajo el panorama jurídico actual, el Tribunal Constitucional hubiese declarado procedente la demanda de la trabajadora en caso la hubiese presentado por medio del proceso constitucional de amparo. Esto, debido a que, a pesar de que con el Precedente Elgo Ríos se buscó asentar la subsidiariedad de la vía del proceso constitucional de amparo, en la práctica aún el Tribunal Constitucional continúa resolviendo casos de despido nulo de trabajadoras embarazadas en atención a que se considera que existe la necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias (elemento señalado en el precedente vinculante en mención).
- 94.** Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional y también sector de la doctrina nacional, han considerado que la vía del proceso laboral abreviado es una vía igualmente satisfactoria a la del proceso constitucional de amparo. Por mi lado, suscribo esta posición, toda vez que (i) otorga el mismo resultado que el proceso constitucional de amparo pues en ambos casos el demandante puede obtener la reposición en su empleo, (ii) hoy en día es una vía que en la práctica puede ser incluso más ágil que la vía del amparo tal como lo ha señalado Samuel Abad Yupanqui: *“(...) puede afirmarse que, en la realidad peruana, el proceso de amparo no ha logrado convertirse en una verdadera tutela de urgencia. Si a ello agregamos el fenómeno de la corrupción, o sencillamente un criterio judicial equivocado, la situación se torna mucho más grave (...)”* (Abad, 2009) y (iii) el proceso constitucional de amparo no cuenta con una etapa probatoria, mientras que el proceso laboral sí, lo cual, de acuerdo con el caso en concreto, puede ser beneficioso para acreditar la teoría del caso del demandante.

³⁹ A modo de ejemplo: Expediente N°02417-2014-PA/TC. Fecha: 12 de julio de 2017; Expediente N°00932-2019-PA/TC. Fecha: 1 de julio de 2021; Expediente N°04105-2019-PA/TC. Fecha: 1 de febrero de 2022 y Expediente N°02748-2021-PA/TC. Fecha: 22 de julio de 2022.

IV.2.3. Sexto problema jurídicamente relevante: ¿Hubiese sido declarada procedente una demanda constitucional de amparo contra la resolución casatoria?

- 95.** El artículo 200 de la Constitución establece en el numeral 2⁴⁰ que la acción de amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. *A contrario sensu*, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que esta garantía constitucional sí procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular. Así, el CPC -vigente a la fecha de los hechos⁴¹- indicó en su artículo 4⁴² que el amparo procede contra resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva. Pese a ello, en la sentencia del Expediente N°3179-2004-AA/TC el Tribunal Constitucional resolvió que el amparo contra resoluciones judiciales procede contra resoluciones judiciales firmes que hayan vulnerado cualquier derecho fundamental (no únicamente la tutela procesal efectiva como dispone el CPC).
- 96.** Seguidamente, sintetizaré ambas posturas, adelantando que coincido con el criterio expuesto por el máximo intérprete de la Constitución. Asimismo, sustentaré que, en las dos posiciones señaladas, la demanda constitucional de amparo contra la Casación hubiese sido declarada procedente, debido a que esta resolución judicial vulneró tanto la tutela procesal efectiva como el derecho fundamental al trabajo y a la igualdad y no discriminación.
- 97.** Por un lado, de acuerdo con el CPC y con sector de la doctrina, como Samuel Abad Yupanqui quien refiere que el artículo 4 del CPC: *“(…) mantuvo la opción interpretativa de circunscribir el proceso de amparo contra resoluciones judiciales a la tutela de derechos de naturaleza procesal, pues si se trataba de*

⁴⁰ Constitución Política del Perú (29 de diciembre de 1993). Artículo 2, numeral 2): “*Son garantías constitucionales: 2) La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular*”.

⁴¹ Cabe señalar que, el Nuevo Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley N°31307 (23 de julio de 2021) no modificó el artículo 4 del Código Procesal Constitucional mencionado, disponiendo lo mismo en su artículo 9.

⁴² Código Procesal Constitucional (28 de mayo de 2004). Artículo 4: “*El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo*”.

la afectación de un derecho material, como consecuencia de la interpretación indebida de un juez, la vía de impugnación son los recursos correspondientes, más no el proceso de amparo” (Abad, 2008), debe entenderse por “procedimiento irregular” únicamente la vulneración de la tutela procesal efectiva. De esta forma, solamente ante el agravio del debido proceso o de la tutela jurisdiccional, será procedente el amparo interpuesto contra una resolución judicial.

98. Al respecto, corresponde señalar que, en mi opinión, la Casación es una resolución judicial dictada en agravio de la tutela procesal efectiva de la trabajadora, concretamente, por no respetar el derecho al debido proceso en lo concerniente al derecho a obtener resoluciones motivadas ya que presenta una motivación insuficiente y sustancialmente incongruente. Si bien el derecho constitucional que tienen las partes a obtener resoluciones motivadas⁴³ no establece un mínimo o máximo de la fundamentación que debe efectuar la judicatura para respetar este derecho, el Tribunal Constitucional precisó en la sentencia recaída en el Expediente N°1230-2002-PHC/TC que: *“(…) su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”⁴⁴.*

99. En lo que se refiere a la motivación insuficiente, esta ha sido definida en las sentencias recaídas en el Expediente N°3943-2006-PA/TC, N°0896-2009-PHC/TC y N°04298-2012-PA/TC, como: *“(…) 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 en reiterada jurisprudencia, 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*

⁴³ Constitución Política del Perú (29 de diciembre de 1993). Artículo 139.5: *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”*

⁴⁴ Expediente N°1230-2002-PHC/TC. Fecha: 20 de junio 2002.

que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”. Bajo este panorama, seguidamente expreso por qué considero que la Casación ha recaído en este vicio de motivación.

100. La Casación únicamente toma en cuenta para su decisión los siguientes dos (2) dispositivos legales: (i) el artículo 27⁴⁵ de la Constitución referente a la protección que otorga la ley al trabajador contra el despido arbitrario y (ii) el artículo 43 de la LPCL que define a los trabajadores de dirección y de confianza. Si bien estos son los dispositivos sobre los cuales el demandado denunció una infracción normativa por interpretación errónea, considero que era fundamental incluir en la Casación el literal e) del artículo 29 de la LPCL. Precisamente, este literal de la normativa laboral contempla cuándo se configura un despido nulo en el caso de las trabajadoras gestantes y cuál es la tutela que le otorga el ordenamiento jurídico. Aunado a ello, la pretensión de la trabajadora en la demanda se fundamenta concretamente en esta norma. Asimismo, considero que era fundamental incluir el artículo 23 de la Constitución referente a que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre.

101. Como se puede evidenciar, la Corte Suprema no incluyó en su análisis ninguna norma referente a las madres trabajadoras y/o gestantes. En consecuencia, en mi opinión fue insuficiente considerar únicamente las normas respecto de la protección general contra el despido arbitrario y la definición de trabajadores de confianza y dirección, toda vez que el estado de gravidez de la demandante era sin duda un elemento esencial para resolver la controversia planteada. De hecho, como se puede verificar al revisar la Casación, en ningún extremo siquiera se indica que la trabajadora estaba embarazada cuando fue despedida.

102. Agregado a lo señalado, la Casación no se pronuncia respecto del hecho de que la trabajadora fue despedida bajo un procedimiento de despido disciplinario sobre la base de una falta grave que, en mi opinión, no cometió. De esta forma,

⁴⁵ Constitución Política del Perú (29 de diciembre de 1993). Artículo 27: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

se dejó completamente de lado cómo fue que el vínculo laboral entre las partes concluyó, sin mención alguna de la mala fe que tuvo el empleador para despedir a la demandante de la forma descrita y, posteriormente, en el juicio alegar que, a pesar de ello, no podría ser repuesta en tanto ocupó un puesto de confianza desde el inicio de la relación de trabajo.

103. Tomando en cuenta lo expuesto, a mi juicio, para considerar que la Casación había sido suficientemente motivada, era esencial que analice que la trabajadora (i) fue víctima de un despido nulo por su estado de gravidez y (ii) fue despedida bajo un procedimiento de despido disciplinario sustentado en una falta grave que ella no cometió. Dado que estos aspectos fueron omitidos, considero que la Casación presenta un vicio de motivación insuficiente.

104. Respecto de la motivación sustancialmente incongruente, el Tribunal Constitucional lo ha definido como: *“El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa)”* en las sentencias mencionadas en el punto 99 del presente informe. Siendo ello así, a continuación manifiesto por qué considero que la Casación ha recaído en este vicio de motivación.

105. Desde el cuarto hasta el sexto considerando de la Casación, los magistrados se pronuncian respecto de los trabajadores de confianza y de dirección, concluyendo que: *“(...) la terminación del vínculo laboral que tiene como motivo o causa el retiro de confianza del empleador, no supone un despido arbitrario, criterio que coincide con el que tiene el Juez Supremo que suscribe”*. Sin embargo, este extremo es sustancialmente incongruente con lo que sucedió en el presente caso, pues el vínculo laboral de la trabajadora no concluyó por retiro de confianza sino por un despido disciplinario, ejecutado cuando se encontraba embarazada, que se fundamentó en un abandono de trabajo que ella no cometió, demostrando así a todas luces la mala fe del empleador.

- 106.** El considerando sétimo de la Casación precisa que el puesto de trabajo de la demandante fue calificado desde un inicio, en su contrato de trabajo, como uno de confianza. En ese sentido, refiere que esta condición no fue objetada en ningún momento por la trabajadora. De acuerdo con ello, el considerando octavo de la resolución examinada establece que el retiro de confianza constituye una situación especial de naturaleza subjetiva que extingue el contrato de trabajo, a diferencia de los trabajadores ordinarios que únicamente pueden ser despedidos por causa prevista en la ley. Por lo tanto, aplicando el criterio descrito, se concluye que el despido de un trabajador de confianza no puede acarrear su reposición. Nuevamente, la Casación se basa en que la relación laboral entre las partes se extinguió por el retiro de confianza, cuando ello no fue así.
- 107.** Así las cosas, basándose en una premisa equívoca, los magistrados supremos concluyeron de manera errónea que estamos simple y llanamente ante el retiro de confianza de una trabajadora de confianza que ostentó dicha calificación desde el inicio de su relación laboral. En mi opinión, para que la Casación fuese congruente, necesariamente tendría que pronunciarse respecto de la reposición por despido nulo de una trabajadora embarazada que ocupó un cargo de confianza desde el inicio de la relación laboral y fue despedida mediante un procedimiento de despido disciplinario sobre la base de una falta grave que no cometió.
- 108.** Ahora bien, por otro lado, en la sentencia recaída en el Expediente N°3179-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional entendió por “procedimiento irregular” la vulneración de todos los derechos fundamentales. Ciertamente, manifestó que: *“(…) es inadmisibile desde un punto de vista constitucional que se pueda sostener que una resolución judicial devenga de un proceso "irregular" sólo cuando afecte el derecho a la tutela procesal, y que tal "irregularidad" no acontezca cuando ésta afecta otros derechos fundamentales. A juicio del Tribunal, la irregularidad de una resolución judicial, con relevancia constitucional, se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental, y no sólo en relación con los contemplados en*

el artículo 4 del Código Procesal Constitucional (...)»⁴⁶. La Casación vulneró el derecho al trabajo de la trabajadora, el mismo que se encuentra reconocido en el artículo 22⁴⁷ de la Constitución y, el derecho a la igualdad y no discriminación, el cual se encuentra establecido en el numeral 2 del artículo 2⁴⁸ de la Carta Magna, en tanto convalidó el despido nulo efectuado por el empleador, conforme lo he desarrollado en el primer y segundo problema jurídicamente relevante expuesto en el presente informe.

109. A la luz de lo indicado, considero que es claro que una demanda constitucional de amparo contra la Casación hubiese sido declarada procedente, ya sea que la judicatura hubiese considerado que “procedimiento irregular” se refiere únicamente al agravio de la tutela procesal efectiva o de cualquier derecho fundamental.

⁴⁶ Expediente N°3179-2004-AA/TC. Fecha: 18 de febrero de 2005.

⁴⁷ Constitución Política del Perú (29 de diciembre de 1993). Artículo 22: “*El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.*”

⁴⁸ Constitución Política del Perú (29 de diciembre de 1993). Artículo 2, numeral 2: “*Toda persona tiene derecho: 2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.*”

V. Conclusiones

- 110.** La trabajadora no cometió la falta grave consistente en abandono de trabajo, con la cual el empleador pretendió justificar su despido disciplinario. La demandante fue víctima de un despido nulo por encontrarse embarazada, el mismo que debió haber sido reparado por la Corte Suprema con su reposición en el empleo. Sin embargo, a través de una cuestionable Casación, los magistrados supremos determinaron que la demandante no tenía derecho a la tutela restitutoria toda vez que ocupó un puesto de confianza desde el inicio de la relación de trabajo. Así, para los jueces supremos, las mujeres embarazadas que ostentan la calificación de confianza desde el inicio del vínculo laboral y son víctimas de un despido nulo por encontrarse embarazada, están excluidas de la tutela reconocida en tratados internacionales, la Constitución y las leyes peruanas.
- 111.** Tomando en cuenta la tutela urgente que requería la trabajadora por encontrarse embarazada, es innegable que lo idóneo hubiese sido que su controversia sea resuelta por medio de una vía célere, como lo es el proceso abreviado laboral, y no por el proceso ordinario laboral como efectivamente sucedió. Si bien el proceso constitucional de amparo también es una vía ágil y la demanda de la trabajadora hubiese sido declarada procedente de haberla presentado por dicha vía (aunque esto es contrario a lo que el legislador viene buscando), considero que el proceso abreviado laboral era la vía idónea para resolver su controversia porque es una vía inclusive más célere que el proceso de amparo en la práctica y, sin lugar a dudas también se hubiese ordenado del pago de las remuneraciones devengadas de haberse declarado fundada su demanda (recién en el 2022 el Tribunal Constitucional ordenó este pago por primera vez).
- 112.** Si bien existen en el país dos (2) posturas sobre la procedencia de la demanda de amparo contra resoluciones judiciales, ante la evidente vulneración en la resolución casatoria del derecho al debido proceso, del derecho del trabajo y, del derecho a la igualdad y no discriminación, la demanda de amparo contra la Casación hubiese sido declarada procedente, en caso la trabajadora la hubiese presentado. Es cuestionable que una resolución judicial con tan serias

vulneraciones de fondo y forma haya obtenido la calidad de cosa juzgada, en flagrante agravio de una mujer embarazada. De haber presentado la demanda constitucional de amparo contra la resolución casatoria, la demandante hubiese tenido la oportunidad de que su controversia sea analizada una vez más, y de haber sido resuelta por magistrados que revisasen correctamente su caso, hubiese tenido altas probabilidades de recuperar su empleo.

VI. Bibliografía

- Abad, S. (2008). El proceso constitucional de amparo. En S. Abad, *El proceso constitucional de amparo* (pág. 381). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Abad, S. (2009). La reforma del proceso de amparo. La experiencia comparada. En S. Abad, *La reforma del proceso de amparo. Avances, problemas y agenda pendiente* (pág. 225). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Abad, S. (2009). Perú: La reforma del proceso de amparo. Avances, problemas y agenda pendiente. En S. Abad, *La reforma del proceso de amparo: La experiencia comparada* (pág. 225). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Arce, E. (2021). Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. En E. Arce, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias* (pág. 725). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Ataca, M. L. (2007). Procedencia de la acción de amparo ante despidos nulos. *Laborem*, 201.
- Blancas, C. (2013). El despido en el derecho laboral peruano. En C. Blancas, *El despido en el derecho laboral peruano* (pág. 371). Lima, Perú: Jurista Editores.
- Blancas, C. (2013). El despido en el derecho laboral peruano. En C. Blancas, *El despido en el derecho laboral peruano* (pág. 268). Lima, Perú: Jurista Editores.
- Blancas, C. (2013). El despido en el derecho laboral peruano. En C. Blancas, *El despido en el derecho laboral peruano* (pág. 264). Lima, Perú: Jurista Editores.
- Blancas, C. (2013). El despido en el derecho laboral peruano. En C. Blancas, *El despido en el derecho laboral peruano* (pág. 357). Lima, Perú: Jurista Editores.

- Blancas, C. (2013). El despido en el derecho laboral peruano. En C. Blancas, *El despido en el derecho laboral peruano* (pág. 410). Lima, Perú: Jurista Editores.
- Boza, G. (2009). La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano. En G. Boza, *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez* (págs. 92-93). Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Boza, G. (2011). Lecciones de Derecho del Trabajo. En G. Boza, *Lecciones de Derecho del Trabajo* (pág. 154). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cárdenas, E. (2014). Tendencias jurisprudenciales sobre la protección contra el despido de los trabajadores de confianza. En E. Cárdenas, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pág. 320). Lima, Perú: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
- Dolorier, J. (2006). Evolución de la protección constitucional al derecho al trabajo en la jurisprudencia del TC a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional. Del caso FETRAFEL al caso Baylón Flores. *Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 652.
- Herrera, I. (2007). Protección especial a la madre trabajadora: relación con el cuidado infantil. En I. Herrera, *Laborem* (pág. 80). Lima, Perú: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Huamán, E., & Ávalos, O. (2012). El proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo ¿es una vía igualmente satisfactoria que el amparo? Comentarios a raíz de la reciente Casación N° 3979-2011-Tacna. En E. Huamán, & O. Ávalos, *V Congreso Nacional SPDTSS: "Tendencias y perspectivas laborales: Juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario"* (pág. 483). Lima, Perú: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

- Landa, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *Ius Et Veritas* 21, 17.
- Landa, C. (2014). El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. *Revista de Derecho Temis* N°65, 229.
- Landa, C. (2014). El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. *Themis - Revista de Derecho*, 233.
- Monroy Gálvez, J., & Monroy Palacios, J. (2000). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. En J. W. (Coordinador), *Sentencia Anticipada (Despachos interinos de fondo)* (pág. 190). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Pasco, M. (2009). La celeridad procesal: ¿Un desiderátum, una entelequia? En M. Pasco, *La celeridad procesal: ¿Un desiderátum, una entelequia?* (pág. 262). Lima, Perú: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Quispe, C. (3 de Junio de 2020). *Enfoque Derecho*. Obtenido de Enfoque Derecho: <https://www.enfoquederecho.com/2020/06/03/10-anos-de-vigencia-de-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo-feliz-aniversario/>
- Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. (2020). Mujer y Derecho del Trabajo. En E. & Rodrigo, *Mujer y Derecho del Trabajo* (pág. 181). Lima, Perú: Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.
- Toyama, J. (2009). El despido disciplinario en el Perú. *Ius La Revista*, 134.
- Toyama, J., & Merzthal, M. (2014). Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza. *Themis* 65, 14.