MAGAZÍN JURISPRUDENCIAL
REVISTA JURÍDICA

EXP. N° 06763-2018-0-1801-JR-LA-18

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

VASCONES RUIZ

GONZALEZ SALCEDO

Vista de la Causa: 19/06/2019

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

SENTENCIA DE VISTA

Lima, cuatro de octubre del dos mil diecinueve.-

I. PARTE EXPOSITIVA:

I.1. Objeto de la revisión

Viene en revisión a esta instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, **NELLY LISSETH VALENZUELA GUEVARA**, contra la Sentencia expedida mediante Resolución N° 09, de fecha 20 de febrero de 2019, en el cual se declaró infundada la demanda de nulidad de despido, la reposición a su puesto de trabajo u otro puesto de similar categoría y el pago de sus remuneraciones devengadas; sin intereses legales y costos procesales.

ASUNTO CONTROVERTIDO

La parte accionante pretende la nulidad de la extinción de su relación laboral en aplicación del inciso e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, así como la reposición a su puesto de

trabajo u otro de similar categoría; por cuanto la aplicación del cese por no renovación de la confianza no puede ser una causal valida ante la comisión de un acto de discriminación producida por su condición de madre gestante.

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

La parte demandante**, NELLY LISSETH VALENZUELA GUEVARA,** en su apelación, alega que la sentencia apelada incurrió en error al sostener:

i. Existe un error y una indebida motivación al momento de haberse rechazado la demanda de nulidad de despido en base a la figura jurídica del cargo de confianza, pues no ha analizado que la demandante ha tenido la condición de madre gestante al momento de ejecutarse la extinción de la relación laboral; por lo que se desconoce la protección jurídica a nivel internacional con respecto a la madre gestante y la madre trabajadora. (Agravio N°01)
ii. No se ha considerado que, al momento de haber rechazado los costos procesales, el artículo 16° de la NLPT reconoce la presentación de los costos procesales sin la necesidad de presentación del contrato de locación de servicios. (Agravio N°02)

II. PARTE CONSIDERATIVA:

LOS LIMITES DE LAS FACULTADES DE ESTE COLEGIADO AL RESOLVER EL RECURSO DE APELACION

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

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

CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTIAS CONSTITUCIONALES

SOBRE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO

SEGUNDO: De conformidad con el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú[1], todo ciudadano tiene el derecho y la potestad de acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales conforme al tipo de pretensión a requerir y la eventual legitimidad o validez que pueda acompañar a su petitorio; asimismo, cada órgano jurisdiccional y las partes tienen la obligación de observar el Debido Proceso en cualquier tipo de procedimiento en donde se valore sus pretensiones, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica.

Tal como lo ha señalado la doctrina constitucional nacional, el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva es un derecho genérico o complejo que se descompone en otros diversos derechos enumerados dentro de él, y en algunos otros implícitos, entre los cuales destacan el derecho de toda persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado y el derecho a la efectividad de las resoluciones[2]; así, el Tribunal Constitucional, conforme a lo recaído en el Exp. N° 763-2005-PA/TC, ha referido pues que la misma " (...) *Es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia (…) En el contexto descrito, considera este Colegiado que cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado. En dicho contexto, queda claro que si, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio,*

[1] Así como en la Constitución Italiana de 1947 (artículo 24), Constitución Alemana de 1949 (artículos 19.4 y 103.1) y la Constitución Española (artículo 24.1) en el cual se garantiza la preocupación de impedir en el futuro los abusos o desviaciones que tuvieron lugar en el periodo totalitario y al deseo de volver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia. FIGUERUELO BURRIEZA ANGELA, "*El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*", citado por ABAD YUPANQUI SAMUEL B, "*El Proceso Constitucional de Amparo*", Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, Pág. N° 361.

[2] LANDA ARROYO CESAR, "*La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú*", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 557.

tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna (...)".

Ahora bien, respecto al Debido Proceso, desde hace más de una década se reitera que el Debido Proceso es un Derecho Fundamental de toda persona – peruana o extranjera, natural o jurídica- y no solo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional[3], en donde se comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetiva, en tanto que asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícitos los fines sociales y colectivos de la justicia[4]. Con ello, el referido colegiado constitucional, conforme a lo señalado en los Exp. N° 00090-2004-AA/TC, Exp. N° 3421-2005-HC/TC, Exp. N° 1656-2006-PA/TC, N° 562 7-2008-PA/TC, N° 2906-2011-PA/TC y N° 5037-2011-PA/TC, ha observado que *"(...) El Debido Proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos (…) Está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo -como en el caso de autos- o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (…) El derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva -que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales-, sino también en una dimensión sustantiva -que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios."*

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

[4] REYNALDO BUSTAMANTE, *"Derechos Fundamentales y Proceso Justo"*, Lima, 2001, Pág. 236, citado por LANDA ARROYO CESAR, *"La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú"*, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 498.

TERCERO: Además, la Tutela Procesal Efectiva –en el cual forma parte el Debido Proceso- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución Política),o que sean esencial es para cumplir con su finalidad[5].

Así, en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC y N° 02250-2007- AA/TC, el referido órgano jurisdiccional en materia constitucional -TC- prescribió que *"El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación(…)".*

En sentido similar, la Corte Interamericana destacó que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8º de la Convención Americana[6], para ello, bastará con precisar que en el Caso *López*

---

[5] LANDA ARROYO CESAR, *"La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú"*, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.

[6] El artículo 8° de la Convención Americana de los Derechos Humanos prescribe que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

Mendoza vs. Venezuela, sentencia del 1 de septiembre de 2011, la referida corte determinó que cualquiera sea la actuación u omisión de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento, sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario, se debe respetar el derecho al Debido Proceso.

DE LA MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

CUARTO: El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera[7]. Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado- constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa[8]; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N° 4215-2010-PA/TC, N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegiado constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que *"La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas "garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (…) De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables (…) El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no*

---

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

[7] LANDA ARROYO CESAR, "*La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú*", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 532.
[8] Ibidem, pág. 532

implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión".

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

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

a) Inexistencia de motivación o motivación aparente
b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].
d) <u>La motivación insuficiente</u>, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
e) <u>La motivación sustancialmente incongruente</u>. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa).

Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

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

DEL DERECHO A LA DEFENSA

QUINTO: De conformidad con el inciso 14) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, en todas las etapas de un procedimiento judicial o administrativo sancionatorio[9] no se podrá privar la defensa de un imputado mediante una regulación procedimental o mediante un acto curso que permita prohibir o restringir[10] el derecho a la defensa de un ciudadano en protección de sus intereses.

Asimismo, se precisa que el Derecho de Defensa contiene dos principios relevantes propios del Derecho Penal (incluidos en el Derecho Constitucional): el Principio de Contradicción y el Principio Acusatorio, en donde el primero exige que el imputado conozca de manera clara los hechos precisos que se le imputan, mientras que el segundo exige que el órgano encargado de la acusación fiscal sea distinto al jugador y que se lleve el proceso en observancia de las normas que rigen el proceso penal peruano[11]; además precisar que el juez o el fiscal deberán indagar sobre los cargos formulados en contra del procesado, y por otros, se permita al procesado formular, con el asesoramiento de un abogado, los alegatos en su defensa con el objeto de desvirtuar los actos imputados.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia nacional, en base a lo resuelto en el Exp. N° 6648-2006-HC/TC, el Tribunal Constitucional , conforme a lo recaído en el Exp. N° 05085-2006-AA/TC, ha referido que: *"En tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir*

[9] Aspecto ya descrito la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional a través del Exp. N° 08280-2006-PA/TC al referirse que "(…) ninguna norma privada regulatoria de un proceso sancionatorio y ningún acto en el curso del mismo pueden prohibir o restringir el ejercicio de este derecho (…)"
[10] LANDA ARROYO CESAR, *"La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú"*, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 521.
[11] Ibidem, pág. 523

en la situación jurídica de alguna de las partes, sea un proceso o procedimiento, o en caso de los terceros con interés"; asimismo, en la sentencia referida al Exp. 06648-2006-HC/TC se precisa pues *"Los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impendida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos"*.

DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

SEXTO: Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, se podrá apreciar que la misma es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho (configurado en los artículos 3º y 43º Constitución Política del Perú), pues se ha plasmado expresamente en el artículo 200° de la carta magna, en donde su naturaleza se sujetará en las estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; por ello, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación[12].

Para ello, se deberá tener claramente presente que si bien es verdad que la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; conforme a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal[13]; pero se deberá tener presente que

---

[12] *LANDA ARROYO CESAR, "La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.*

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

La discrecionalidad normativa.- *Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad*

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

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

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

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

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

---

principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella.

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

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

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

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

3° de la Constitución Política),o que sean esenciales para cumplir con su finalidad[14].

Así, en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC y N° 02250-2007- AA/TC, el referido órgano jurisdiccional en materia constitucional -TC- prescribió que *"El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación(…)".*

Asimismo, a través de los expedientes N° 0090-2004- AA/TC y N° 2192-2004-AA/TC, el propio TC ha reiterado el presente criterio, pues *"(...) Las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto son sucesivamente jurídicas y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la crítica racional (...) Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte (...) Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia (...) En ese contexto, al Tribunal Constitucional le corresponde verificar que existan dichas razones, que éstas no contradigan los hechos determinantes de la realidad y que tengan consistencia lógica y coherente con los objetivos del acto discrecional (...)".*

SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD

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

[14] *Ibidem, Pág. 514.*

Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha precisado que - a través de las sentencias recaídas en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC y N° 0090-2004-AA/TC, que la interdicción de la arbitrariedad se circunscribe que *"(.) Del principio del Estado de Derecho surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:*
a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a cada decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.
En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad", en donde *"El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica(...)"*

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

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECIFICO

De la revisión de los actuados, se aprecia que la pretensión de la demanda se sujeta a una impugnación de un despido en base a una protección jurídica establecida en nuestra legislación; por lo que, considerando que la referida protección de la madre trabajadora gestante se encuentra regulada a nivel legal, constitucional y reconocida también a nivel internacional, este Colegiado Superior procederá a describir puntualmente la protección en cada esfera de aplicación, con la finalidad de evaluar si ha existido o no alguna vulneración de sus derechos alegados en la demanda.

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL CONTRA UN DESPIDO ABUSIVO

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

De esta manera, en los artículos 31° y 32° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se regula el procedimiento formal que debe observar todo

empleador, cuando un trabajador incurre en la comisión de faltas graves; como una garantía del derecho constitucional del **derecho al debido proceso**, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez, así como la motivación de la falta grave en cuestión. De esta manera, si el empleador no respeta el procedimiento previo -tal como es la presentación del pre aviso de despido- la sanción aplicable será invalida y se sujetará a una indemnización por despido arbitrario, para ello, se podrá apreciar que -en la sentencia recaída en el Exp. N°02939-2012-PA/TC- e l TC ha reiterado *que "(...) El artículo 31º de la referida norma legal establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia(...)".*

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

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

> *"(…) El artículo 27º de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:*
> *a. Se trata de un mandato al legislador*
> *b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.*
> *c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.*

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.
Por este motivo, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisible.
Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisible. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo".

De esta manera, una causa válida de despido solamente podrá ser alegada, sustentada y ejecutada mediante una sujeción a la normatividad sustantiva vigente así como en la jurisprudencia laboral ordinaria y constitucional, los cuales prevén como objeto de extinción de la relación jurídica, entre otros, a través de las formas y requisitos permitidos por ley (inciso g) del artículo 16° de la LPCL) y que esté relacionada con la capacidad o conducta del trabajador. Asimismo, en lo que respecta a la configuración de una falta grave, la misma se sujetará necesariamente a lo prescrito en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, previsto e n la LPCL.

Con eso, la acreditación del despido, en base a la aplicación de los numerales 23.1), 23.3) y 23.4) del artículo 23° de la NLPT y concordante con el artículo 37° del Texto Único Ordenado de la LPCL, constituir á una carga probatoria impuesta a ambas partes, en donde la acreditación de la causa justa del

despido y el cumplimiento del procedimiento formal del despido le corresponderá exclusivamente al empleador, mientras que la ilegalidad o desproporcionalidad de la misma será a cuenta del propio trabajador. Asimismo, los artículos 31° y 32° de la propia LPCL (a su vez) regulan el procedimiento formal que deberá observar todo empleador, al ser una garantía del derecho a un debido proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez.

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

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

DECIMO: El artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR ha previsto en el inciso e) del artículo 29° que "*Es nulo el despido que tenga por motivo (...) E) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir (...) Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa (...)".*

Así, la causal contemplada con relación a la maternidad prescribe que el despido nulo relacionado con la aplicación del **inciso e) del artículo 29° de la LPCL**, deberá encontrarse relacionado con el estado de gestación, el nacimiento y las consecuencias de la misma (la lactancia), por cuanto la madre trabajadora tiene una protección especial a nivel legal, constitucional[15] e internacional; por cuanto el artículo 23° de nuestra propia Constitución Política ha reconocido de manera expresa que *"El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan".*

Con ello, desde la óptica constitucional, se ha enfatizado la protección de los derechos de las mujeres que tienen la condición de madres dentro de todo el

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

proceso de gestión y el post parto; por cuanto y un Estado Constitucional y Democrático de Derecho se deberán rechazar en forma categórica todo tipo de actos que directa o indirectamente se aprovechen de estas circunstancias naturales para perjudicar, en el campo laboral, a la madre trabajadora, sea gestante o en periodo de crianza; aunque la misma se encuentre ajustada mediante una figura jurídica de carácter legal o infra legal.

Sobre el particular, se deberá precisar que el propio Tribunal Constitucional ha referido -tal como sentencia recaída en el Exp. N° 05652-2007-PA/TC- que se deberá proteger a la mujer contra todo trato discriminatorios en el ambiente laboral por razón de su sexo y, en particular, por su capacidad natural de ser madres y tener la cualidad de asumir el proceso de gestación, pues "*La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja*".

De esta manera, si bien el literal e) del artículo 29° de la LPCL, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 30367, ha prescrito que la protección de la maternidad se desarrollará dentro de las causales de: i) el embarazo, ii) el nacimiento y sus consecuencias y, iii) la lactancia; también se encuentra dentro del marco de la razonabilidad que la misma deberá interpretarse conforme a la finalidad protectora y no sujetarse a otras categorías jurídicas laborales relacionadas fijadas por Ley, pues la Constitución Política del Perú (Carta Magna de nuestro sistema jurídico) garantiza que el concepto "**maternidad**" garantice sin distinción este tipo de protección, aún cuando se constituya un aparente no renovación de un contrato administrativo de servicios (CAS) para convalidar la extinción de la relación; con ello, si bien es verdad que la norma descrita ha sido promulgada con posterioridad a la constitución de los hechos descritos, se podrá apreciar que la protección de la lactancia no podrá sujetarse a una aplicación de las normas en el tiempo o sujetarse al principio de la legalidad (ante ante una negada aplicación retroactiva de la norma), pues la protección integral de la maternidad (desde el periodo pre natal hasta la lactancia) se encuentra reconocida (tal como se desarrollará en los párrafos posteriores) mediante la aplicación del artículo 4° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" y el artículo 11° de la Convención CEDAW, pues tales acuerdos continentales reiteran que se debe impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad, pues se asegurar su derecho a trabajar mediante el impedimento del despido por razón de maternidad o la discriminación de los despidos en base al estado civil mediante una protección especial.

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

MAGAZÍN JURISPRUDENCIAL
REVISTA JURÍDICA

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

Así, la Comisión de Expertos (en aplicación de convenios y recomendaciones preexistentes) ya ha definido la protección de la madre trabajadora como una tutela especial en función del sexo y la protección al menor; para ello, a través del Convenio N° 111 sobre la discriminación, empleo y ocupación de 1958, se prohibió (entre otros) la discriminación con motivo de sexo en el empleo y la ocupación (artículo 1°); asimismo, en 1985 la Conferencia Internacional del Trabajo - CIT aprobó la resolución sobre igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores en el empleo, en la que se acordó que la discriminación dentro del trabajo deteriora las condiciones de los empleados en relación a las perspectivas de empleo - promoción, y se abogará por la incorporación de medidas para combatir tal modalidad denigratoria. Además, el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales; por el cual, de la revisión del artículo 20°, se dispuso que los gobiernos deberán adoptar medidas para evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas y los demás trabajadores, en particular para garantizar que los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades, trato para hombres y mujeres en el empleo.

Por lo que, en un sentido estricto, el Estado Peruano ha ratificado recientemente el Convenio sobre la Protección de la Maternidad, 2000, N° 183 de la OIT[16], por el cual el sistema internacional prohíbe al empleador el despido de una mujer embarazada, durante una licencia o después de haberse reintegrado al trabajo durante el periodo que determinase la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia.

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

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

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

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

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

Para ello, los artículos 3° y 5° de la Convención s obre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, vigente desde 1981, dispuso que los Estados miembros deberán tomar las medidas apropiadas para asegurar el desarrollo de la mujer (aún más de la madre trabajadora), con el objeto de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos en igualdad de condiciones con el hombre; con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias que se encuentren basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Para ello, ya el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General N° 19 (1992) ha reconocido el acoso sexual como una forma de discriminación y de violencia de género, criterio ratificado por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena de 1995.

En ese sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención *"Belem Do Para"*) ha precisado expresamente, mediante la revisión del artículo 1°, que se deberá entender como violencia contra la mujer *"Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado",* en donde se incluirá, entre otras, la que tenga lugar en la comunidad, comprendiendo el acoso sexual en el lugar de trabajo así se sienta como principio fundamental que las mujeres tendrán derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, lo cual comprenderá su derecho a ser libres de toda forma de discriminación.

Asimismo, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador"[17], los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos acordaron que todo ciudadano tiene derecho a la estabilidad en el empleo, en donde -en caso de despido injustificado- la trabajadora tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo; en donde -a un propio nivel internacional- no se podrá restringir o menoscabar (artículo 4°) ningún derecho

[17] El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" establece que los Estados se comprometen a adoptar medidas necesarias dentro del orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.

reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado.
Con ello, los órganos supervisores a nivel internacional, OIT así como la Organización de la Naciones Unidas- ONU, han concluido que toda disminución legal o fáctica que limite la protección en el empleo de las madres trabajadoras será objeto de tutela a nivel continental, pues el despido por causa del embarazo, gestación, parto o lactancia será una amenaza grave que vulnera fehacientemente garantías mínimas y derechos fundamentales dentro de una relación laboral, más aún en el Despido.

DECIMO TERCERO: En consecuencia, para poder delimitar el nivel de protección dentro del ámbito internacional, este Colegiado Superior asume las conclusiones vertidas en el informe expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado *"El Trabajo, la Educación y los Recursos de las Mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales"*[18], mediante el cual el sistema interamericano exige que los Estados miembros no solo se abstengan de discriminar o tolerar formas de discriminación en el ámbito laboral, pues también deberán **generar condiciones que faciliten la reinserción y permanencia de las mujeres en este ámbito**; el cual posee una plena concordancia con el artículo 11° de la Convención C EDAW, pues este acuerdo continental reitera que se debe impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad, pues se asegurar su derecho a trabajar mediante el impedimento del despido por razón de maternidad o la discriminación de los despidos en base al estado civil.

De esta manera, la presente protección de carácter internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal y constitucional de la madre trabajadora en los casos de despido abusivo o ilegal, pues la misma se enfocará necesariamente en el sendero determinado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH, dado que **la legislación laboral no solo deberá enfocar prohibiciones contra el despido de las mujeres, sino que se deberá prohibir cualquier tipo de trato inferior o maltrato laboral condicionado a su embarazo**.

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

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

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

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

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

Para ello, se deberá tener presente que la OIT ha expedido el Convenio sobre la Discriminación N°111 (empleo y ocupación) media nte el cual "(...) *El término discriminación comprende (...) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados (...) Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (...)"* en donde el referido Convenio y la Recomendación (número 111), de 1958, definen a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en una de las causas que enumeran) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación[19] (el cual se podrá aplicar plenamente en el presente caso, por la tutela de acceso de los derechos contra la discriminación); en tal sentido, el organismo internacional ha referido que existirá discriminación siempre que una persona no disfrute plenamente - por razones que no se deberían tener en cuenta - de las mismas oportunidades o del mismo trato del que gozan otras personas en materia de empleo y de profesión.

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

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

DECIMO QUINTO: Ahora bien, a nivel jurisprudencial, de la revisión de los Exp. N° 008-2005-PI/TC y N° 04922-2007-PA/TC, se po drá apreciar que el órgano de control de la constitución ha establecido el derecho a la igualdad en materia remunerativa, *pues "(...) La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. Así el artículo 103° de la Constitución Política de l Perú compromete al Estado a expedir leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencias de las personas. En tal sentido la igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato - obliga a que la conducta ya sea del Estado o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no genera una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria (...) Sobre el particular este Colegiado ha precisado la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución",* en donde, *"(...) La discriminación en materia laboral, estrictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: 1) acción directa: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad;. y 2) por acción indirecta: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores." Por tanto dichas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes: Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo. Acto de diferenciación arbitraria durante la relación*

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

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

laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.)".

Tan es cierto lo afirmado, que recientemente la propia Corte Suprema ha expedido la Casación N° 20121-2016-Lima, por el cual *"(...)Este Colegiado Supremo considera que no todo comportamiento que establezca una distinción constituye un acto discriminatorio y vulnera el derecho a la igualdad, pues, se debe tener presente que dentro de nuestra sociedad existe una serie de desigualdades, para las cuales se deben tomar un conjunto de medidas dirigidas a efectivizar la aplicación de dicho derecho, impidiendo que se limite solo a su reconocimiento formal, sino que llevado al campo fáctico, este se materialice en una igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas (...)De lo expuesto, podemos afirmar válidamente que los principios de igualdad y de no discriminación no constituyen una facultad de las personas para exigir un trato igual a todos los demás en cualquier situación, sino que dichos derechos se encuentran orientados a exigir un comportamiento y trato igual entre sujetos que se encuentren en la misma condición; por lo tanto, un comportamiento será calificado como discriminatorio, y por ende, vulnerará el derecho a la igualdad tutelado por el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, cuando establezca una diferenciación entre personas que se encuentren en idéntica situación, siempre que no medie causa objetiva y razonable para ello".*

Con tal razón, la presente protección de carácter internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal y constitucional de la madre trabajadora (acorde con los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionales e interdicción de la arbitrariedad, así como en la aplicación del derecho constitucional del desarrollo de la personalidad) en los casos de despido abusivo o ilegal (más allá de la distinción legal o jurisprudencial de los incisos d) y e) del artículo 29° de la LPCL), pues la misma se enfocará necesariamente (integrando ambas causales normativas) en el sendero determinado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH, dado que **la legislación laboral no solo deberá enfocar prohibiciones contra el despido de las mujeres, sino que se deberá prohibir cualquier tipo de trato inferior o maltrato laboral condicionado a su embarazo**.

DE LA PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

DECIMO SEXTO: El principio constitucional del Interés Superior del Menor se encuentra reconocido a nivel nacional e internacional, por el cual los menores (desde su concepción) tendrán el pleno derecho a acceder a políticas públicas implementadas por los poderes el Estado, los cuales les permita desarrollarse sin considerar una edad base, pues tal acceso equitativo a diversas políticas públicas o derechos les permitirá ejercitar capacidades y facultades jurídicas y reforzarlas con los conocimientos provenientes del hogar y los demás centros sociales otorgados por el Estado.

En efecto, a través del Exp. N° 02132-2008-PA/TC el cual tiene como antecedente al Exp. N° 003744-2007-PHC/TC, el propio Tribunal Constitucional

ha partido de la premisa por el cual *"(...) El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental, en cuanto establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (…) Tal contenido (...) Es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990 (...) Mediante Ley N.º 25302 (...) se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño (...)".*
De esta manera, en base a la definición descrita, el propio TC ha sostenido expresamente que *"(...)El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales (...) El hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas. Ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes (...)".*

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

LA CATEGORIA DE TRABAJOR POR CARGO DE CONFIANZA

DECIMO SETIMO: Preliminarmente, no ha existido un consenso definitivo para poder identificar a este tipo de trabajador, pues han existido diferentes

parámetros para poder obtener tal resultado[22], por ello, en las legislaciones de Trabajo, se ha nombrado varias veces *-sin definirlos-* a aquellos que han ocupado cargos de directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan actos de administración; excluyéndoles de esta manera de los convenios colectivos y demás protecciones sociales.

Además, ante una aparente contradicción sobre su reconocimiento como trabajadores o como sujetos independientes[23], actualmente **nuestra legislación ha definido al personal de confianza (en los artículos 43°[24] y 44°[25] del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR) como aquellos que poseen un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea a desempeñar para hacer presentes los intereses del empleador**[26], pues la confianza es una relación especial en razón a la representación general del empleador frente a los trabajadores, siempre observando que se cumplan debidamente los intereses de la empresa y la competencia profesional de cada trabajador[27]; de esta manera, en nuestro sistema jurídico nacional, el concepto de trabajador de confianza se relativizará a cada caso en concreto, pues su diferencia no se sujetará a un tipo de trabajador, sino por la responsabilidad y la función desempeñada.

En tal sentido, actualmente la jurisprudencia ha reiterado que el cargo de confianza de un trabajador no se sustentará en un criterio meramente subjetivo

---

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

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

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

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

[26] NESTOR DE BUEN, *"Derechos del Trabajador de Confianza"*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 15

[27] MANUEL ALONSO GARCIA, *"Curso del Derecho del Trabajo"*. Edit. Ariel, 1981, pág. 148

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

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

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

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

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

De esta manera, en caso del cese de la confianza por parte del empleador, la propia jurisprudencia constitucional ha precisado tal perdida subjetiva conllevará a la extinción de una relación laboral -en caso se ingrese en forma directa a tal cargo- sin opción a una reposición al puesto de trabajo, pues "*Este Colegiado (...) estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como: (...) f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva.* ***El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo,*** *siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un*

abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.(...)".

DECIMO NOVENO: Asimismo, en lo que respecta a la indemnización por despido arbitrario, si bien es verdad que anteriores criterios jurisdiccionales sustentaban la viabilidad de otorgar una indemnización por no haberse renovado la confianza, también se encuentra acorde a Derecho que la propia Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha variado sustancialmente tal criterio, al precisar en forma expresa, tal como lo señalado en la Casación N° 18450-2015-Lima, que *"(...)Al respecto cabe señalar que la regla tratándose de los trabajadores de confianza es en sentido inverso, es decir, si el vínculo contractual se extingue por el retiro de confianza no habrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, siendo que por excepción ello será posible en los casos en que estemos frente a trabajadores cuya «relación laboral sea mixta», es decir hayan sido trabajadores comunes y luego promovidos a cargos deconfianza, en cuyo caso el retiro de confianza no puede ni debe extinguir el vínculo contractual, sino que debe dar lugar a que el trabajador retorne al puesto de trabajo «común». Y si se le despide, con motivo del retiro de la confianza, del cargo de confianza y del cargo «común» entonces sí correspondería no solo la reposición en el cargo «común», o la indemnización por despido arbitrario".*

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

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

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

retirada la confianza; o cuando le propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo".

VIGESIMO: Ahora, ante la evidente colisión de las presentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tratamiento legal del cese de la relación laboral por el retiro de la confianza y la protección especial de la madre trabajadora, este órgano jurisdiccional aprecia que, si bien es verdad actualmente existe el criterio interpretativo mayoritario por el cual no se podrá otorgar una indemnización o reposición (mediante un ingresado en forma directa al puesto de cargo de confianza) por la causal de cese de confianza por parte del empleador, pero se deberá preservar las garantías especiales establecidas en el sistema internacional y continental sobre tales aspectos, al tener el mismo nivel jerárquico de nuestra Carta Magna.

En ese sentido, este Colegiado Superior asume la postura por el cual **la categoría denominada trabajador de confianza no podrá equipararse -a nivel constitucional e internacional- con la protección especial a la madre trabajadora, pues el sistema internacional no ha contemplado el condicionamiento de la tutela restitutoria (reposición) por la condición de madre gestante con la situación especial de la confianza**, pues -se reitera- **ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado,** tal como lo reconoce el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" y el artículo 11° de la Convención CEDAW, pues este acuerdo continental reitera que se debe impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad, pues se asegurar su derecho a trabajar mediante el impedimento del despido por razón de maternidad o la discriminación de los despidos en base al estado civil.

En efecto, la presente protección de carácter internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal y constitucional de la madre trabajadora (acorde con los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionales e interdicción de la arbitrariedad, así como en la aplicación del derecho constitucional del desarrollo de la personalidad) en los casos de despido abusivo o ilegal (más allá de la aplicación legal de la figura del cese por el retiro de la confianza o el criterio asumido por la Corte Suprema en la Casación N° 4396-2017-Lima [28]), pues la misma se enfocará necesariamente en el sendero determinado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH, dado que **la legislación laboral no solo deberá enfocar prohibiciones contra el despido de las mujeres, sino que se deberá**

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

prohibir cualquier tipo de trato inferior o maltrato laboral condicionado a su embarazo.

DEL CASO EN CONCRETO

VIGESIMO PRIMERO: De los actuados, **la parte demandante** sostiene que el cese de la relación laboral se produjo en forma arbitraria, ilegal e irrazonable, pues no se ha considerado que la trabajadora poseía una condición especial dentro de su relación laboral, esto es la condición de madre gestante, y el cual debe prevalecer sobre la categoría del cargo de confianza.

Ante ello, **el órgano jurisdiccional** ha considerado que la presente pretensión no podrá ampararse, por cuanto la no renovación de la confianza es una situación específica de cese y el cual ha sido reconocida por nuestra legislación a través de la aplicación del artículo 43° de la LP CL.

Por lo que, de la revisión de los actuados, **este Colegiado Superior** advierte que -efectivamente- el termino de la relación del contrato de trabajo se produjo mediante la causal de no renovación de la confianza dentro del cargo de asesora del congresista Moisés Mamani Mamani y mediante la verificación del estado de gestación de la parte demandante.

VIGESIMO SEGUNDO: En ese sentido, se tiene acreditado que la parte demandante ingresó a laborar dentro del Congreso de la República del 01 de agosto de 2012 para laborar en los cargos de auxiliar, técnica y asesora congresal (Cargos de Confianza) en diversos despachos congresales, mediante la percepción de una remuneración de S/.5,292.00. Asimismo, se aprecia que con fecha 01 de marzo de 2018 (presentado a las 10:45 am), la parte demandante comunicó a la Jefatura de Personal del Congreso de la República el estado de gestación (el cual se encontraba dentro de la octava semana).

Ahora, mediante Oficio N° 342-2017-2018-MMC-CR, presentado el 01 de marzo de 2018 (presentado a las 10:55 am), el Despacho del congresista Moisés Mamani Colquehuanca comunicó a la Jefa de Departamento de Recursos Humanos del Congreso de la República que la trabajadora demandante laboraría hasta el 28 de febrero; ahora bien, mediante Acta Policial de Constatación de Despido, de fecha 16 de marzo de 2018, se aprecia que la accionante requirió una constatación policial por el cual se evidencie que continuó laborando con posterioridad a la presunta fecha de cese, esto es el 28 de febrero de 2018.

De ello, se aprecia que la controversia jurídica radica en determinar cuál sería el dato objetivo por el cual se podría constituir un despido nulo y el efecto temporal de su protección, pues existen dos supuestos de hecho que permitiría constatar tal institución jurídica, esto es, desde la comunicación del Despacho del Congresista Moisés Mamani Colquehuanza realizado el 01 de marzo de

2018 o desde la fecha de la Constatación Policial de Despido realizado el 16 de marzo de 2018; por lo que, **este Colegiado asume la postura por el cual el elemento objetivo que determina la comisión de un Despido Nulo por motivos propios de la condición de madre gestante ha sido la Constatación Policial de Despido producido el 16 de marzo, por cuanto con tal acto se advierte el cese definitivo de la relación laboral y el impedimento de ingresar a las instalaciones dentro del Congreso de la República,** por existir contradicción entre la fecha de comunicación de no renovación del 28 de febrero de 2018 indicada por el Oficio N° 342-2017-2018-MMC-CR y la prestación real efectiva, es decir, la manifestación de la propia demandante al momento de señalar que laboró hasta el 02 de marzo de 2018 dentro de la propia acta de constatación policial.

VIGESIMO TERCERO: Por lo que, se reitera que de la verificación de la Constatación de Despido de fecha 16 de marzo de 2018, se aprecia que el Congreso de la República (como institución) si ha tenido conocimiento previo de la condición de la madre demandante al momento de decidir la no renovación del contrato por el retiro de la confianza (advirtiéndose un motivo ilegítimo), pues **la parte demandada no ha acreditado que la referida institución haya notificado en forma previa al 01 de marzo de 2018 la no renovación de la confianza o que la misma haya sido comunicada formalmente a la parte accionante**; en ese sentido, al no haber ofrecido un medio probatorio idóneo por el cual se sustente la fecha de cese referida en el Oficio N° 342-2017-2018-MMC-CR, se determina que el cese de la relación laboral no fue trasmitida mediante un conducto formal y con posterioridad al 01 de marzo de 2018, pues la presente conclusión se sustentará en base a la aplicación del artículo 19° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 [29] y conllevando a un evidente cese de la relación por la propia condición de madre gestante.

En ese sentido, este órgano superior comparte la postura por el cual, a pesar que la parte demandante haya tenido la condición de trabajadora de confianza, tal categoría jurídica (cargo de confianza) no será óbice o elemento condicionante para que una instancia jurisdiccional nacional pueda aplicar o sustentar una tutela contemplada en el artículo 04° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" y el artículo 11° de la Convención CEDAW, pues **tales apartados normativos de carácter internacional han regulado expresamente que los Estados Miembros deberán impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad**, por cuanto existe la obligación continental de asegurar su derecho a trabajar mediante el impedimento del despido por razón de maternidad o la discriminación de los despidos en base al estado civil, aún más si el sistema internacional no contempla como excepción a la tutela resarcitoria la figura solamente legal del cargo de confianza[30].

[29] El 19° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 prescribe que si el demandado no niega expresamente los hechos expuestos en la demanda, estos son considerados admitidos.
[30] El artículo 04° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" ha señalado en forma clara que no se podrá

En consecuencia, si se advierte que un claro trato discriminatorio por la falta de protección prevista en nuestra legislación nacional (Ley de Productividad y Competitividad Laboral) y la evidente vulneración de los derechos de la madre gestante, esta instancia asume la prevalencia de los tratados internacionales sobre la Ley, ordenando de esta manera la reposición a su puesto de trabajo por la causal de Despido Nulo contemplado en el inciso e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 , Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, más el pago de las remuneraciones devengadas desde el cese hasta la reincorporación efectiva de la parte demandante.

Con ello, se declara infundado el extremo de la indemnización por despido arbitrario.

Así, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandante**, debiendo revocarse la sentencia en el presente extremo; y, reformándola, se declarará fundada la demanda por la causal contemplada en el inciso e) del artículo 29° de la LPCL, ordenando la reposición a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones devengadas en ejecución de sentencia.

RESPECTO A LA FINALIDAD DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

VIGESIMO CUARTO: Al respecto, el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aplicable de manera supletoria al presente proceso, ha previsto que los procesos constitucionales (tales como los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data, cumplimiento, etc.) tendrán por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo al estado anterior la violación o amenaza de violación de los derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú.

Para ello, la doctrina nacional actualmente ha referido que la tutela restitutoria de los procesos constitucionales, el cual podrá aplicarse a los procesos ordinarios, se concentrarán en la protección de los derechos fundamentales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza[31]; en donde esta reposición al estado anterior a la vulneración del derecho fundamental se concentrará en restituir al accionante el goce y disfrute de la situación jurídica o de la garantía contravenida, conforme al reconocimiento judicial o derecho pre existente[32] al momento de haberse constituido la vulneración; garantizándose

---

restringir o menoscabar (artículo 4°) ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado.

[31] EGUREN PRAELI FRANCISCO JOSE, *"La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias"*, Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Lima N° 25, Pág. N° 144 a 149.

[32] Tal como lo señalado por el autor NESTOR SAGUÉS PEDRO en su libro *"Derecho Procesal Constitucional: Acción de Amparo"*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1988, Pág. 433; la ley de amparo posibilita una variada gama de conductas que pueden imponerse al accionado, en donde la demanda de amparo tendrá efectos restitutorios, pues tienden a impedir que se consume la lesión si el acto no ha

de esta manera el ejercicio del derecho vulnerado que ha dado origen al procedimiento judicial, es decir, cesar la referida violación, eliminando la causa de la misma y haciendo cesar sus efectos[33].

De la misma forma, a nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH ha sostenido progresivamente que la reparación constitucional del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye **el restablecimiento de la situación anterior** y la **reparación de las consecuencias que la infracción produjo**[34], más el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extra patrimoniales; por lo que, en su propia jurisprudencia, la referida Corte ha sostenido que la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, ya sea a través de la restitución integra, la indemnización, satisfacción, o de garantías de no repetición.

En tal dirección, a través de reiterada jurisprudencia, tal como lo desarrollado en los expedientes N° 0976-2001-AA/TC, N° 0253-2003 -AA/TC y N° 03052-2009-PA/TC, el TC ha dejado expresa constancia de la presente garantía a nivel de restituciones (en el presente caso reposiciones laborales) de los derechos fundamentales señalados, al momento de precisar que "(...) *Teniendo en cuenta la propia finalidad del amparo, que es la de "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional", como expresamente lo indica el artículo 1º de la Ley Nº 28237, debe concluirse, que* ***verificado que sea la existencia de una lesión de derechos fundamentales, debe ordenarse la restitución en su centro de trabajo****(...)Siendo así, la extinción unilateral de la relación jurídica, estará afectada (...) –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos".*

VIGESIMO QUINTO: De lo actuado en el presente proceso, al haberse declarado fundada la demanda y ordenado que la entidad proceda a reponer a la trabajadora a su puesto de trabajo u otro de similar categoría, así como el pago de las remuneraciones devengadas, tampoco podemos dejar de advertir la naturaleza del puesto asignado dentro del Congreso de la República, dado que la misma es un cargo de confianza y sujeto al dinamismo a tal institución; por lo que, si bien es verdad que esta figura legal no puede enervar la garantía real contemplada en el artículo 04° del Protocolo A dicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado

---

tenido principio de cumplimiento, lo suspende si ha comenzado a cumplirse y en cuanto a lo ya cumplido retrotrae las cosas al estado anterior, si es posible.

[33] EGUREN PRAELI FRANCISCO JOSE, *"La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias"*, Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Lima N° 25, Pág. N° 144 a 149.

[34] FAUNDEZ LEDESMA HECTOR, *"El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales"*, citado por EGUREN PRAELI FRANCISCO JOSE en su obra *"La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias"*.

"Protocolo de San Salvador" y el artículo 11° de la Convención CEDAW, resulta razonable y proporcional que ante la existencia de un vacío legal al momento de determinarse la forma de ejecución de la sentencia, **el efecto de la ejecución no determinará que la demandante sea considerada como una trabajadora a plazo indeterminado, pues los asesores de los congresistas si tienen la categoría de confianza**, conforme a la aplicación del test de ponderación establecido por el Tribunal Constitucional.

Por consiguiente, al existir un periodo congresal vigente, el cual concluirá en el año 2021, **se aprecia que el efecto de la reposición solamente se limitará a tal periodo congresal, pues la restitución del presente derecho vulnerado no conllevará a la declaración de un régimen laboral a plazo indeterminado, pues el mismo si conllevaría a un Abuso de Derecho y el cual se encuentra proscrito por el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil y nuestra propia Constitución Política del Perú**.

Asimismo, en lo que respecta al pago de las remuneraciones devengadas, este Colegiado Superior considera que el **pago de las remuneraciones devengadas solamente se otorgará hasta la culminación del periodo de la lactancia**, al existir una categoría especial de determinación del pago de tales remuneraciones con el efecto restitutorio de sus derechos constitucionales ante la comisión de un despido nulo, y conforme a un test de razonabilidad.

VIGESIMO SEXTO: De los Costos Procesales.- El artículo 31° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo prescribe que "*el pago de los intereses legales y la condena en costos y costas no requieren ser demandados. Su cuantía o modo de liquidación es de expreso pronunciamiento en la sentencia*", en ese sentido, corresponderá emitir pronunciamiento a tales extremos y la forma de determinación de su importe.

Al respecto, el artículo 14° de la citada norma precisa que "*la condena en costas y costos se regula conforme a la norma procesal civil*", por tanto, conforme al artículo 412° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, su reembolso "(...) *es de cargo de la parte vencida*", que en el presente caso es la demandada. Asimismo, el artículo 414° del mismo Código refiere que "*el Juez regulará los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso, fundamentando su decisión*". Además, el artículo 410° de dicho Código estipula que "*las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso*", por lo que, la demandada deberá abonar en etapa de ejecución de sentencia todos los gastos en que incurra el actor como consecuencia del proceso, tanto en etapa de conocimiento como de ejecución de sentencia, siempre en relación a las pretensiones amparadas.

En cuanto a los costos procesales, el artículo 411° del Código Procesal Civil prescribe que "*son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del*

Distrito Judicial respectivo", en concordancia, el artículo 16° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo estipula que "*el demandante puede incluir de modo expreso su pretensión de reconocimiento de honorarios que se pagan con ocasión del proceso*"; ahora, de la revisión de los autos, si bien es verdad que en la sentencia impugnada se ha señalado el pago de S/. 8,000.00 de la suma total amparada, en forma contraria al 20% pactado presuntamente, pero se deberá considerar los criterios establecidos por el propio TC, tal como la sentencia recaída en el Expediente N° 00052-2010-PA/TC, al momento de señalar que "T*eniendo presentes las razones esgrimidas por el Juzgado y la Sala, este Tribunal considera que los criterios utilizados para determinar el monto de los honorarios han sido incompletos, pues para ello no sólo debe valorarse la razón del tiempo y la participación de los abogados, sino que también deben tenerse presente otros criterios relevantes, tales como: a) el éxito obtenido y su trascendencia, b) la novedad o dificultad de la cuestión debatida, y c) si los servicios profesionales fueron aislados, fijos o constantes*" (subrayados del Juzgado).

VIGESIMO SETIMO: Del Caso Concreto (Agravio N°02).- En ese sentido, el monto exacto de los costos procesales **se determinará en la etapa de ejecución de sentencia**, en cualquier escenario, pues existe el ejercicio regular del abogado defensor, más el 5% a favor del Colegio de Abogados de Lima.

En consecuencia c**orresponderá amparar el agravio deducido por la demandante**, debiendo revocarse la sentencia también en el citado extremo; ordenando el pago de los costos procesales en ejecución de la sentencia.

III. PARTE RESOLUTIVA:

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

HA RESUELTO:

1.- CONFIRMAR la Sentencia expedida mediante Resolución N° 09, de fecha 20 de febrero de 2019, en el cual se declaró infundada la demanda respecto a los intereses legales.

2.- REVOCAR la Sentencia expedida mediante Resolución N° 09, de fecha 20 de febrero de 2019, en el cual se declaró infundada la demanda; por lo que, reformándola, la declararon **FUNDADA,** ordenándose la reposición al puesto de trabajo u otro cargo de similar categoría hasta el fin del vigente periodo congresal (2021), más el pago de las remuneraciones devengadas hasta el periodo de lactancia y los costos procesales, el cual se determinará en la ejecución de la sentencia.

En los seguidos por **NELLY LISSETH VALENZUELA GUEVARA** contra el **CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU**, reposición al puesto de trabajo y otros; y los devolvieron al juzgado de origen.-

LJBB

EL VOTO EN DISCORDIA DE LA SEÑORA JUEZA SUPERIOR ALMEIDA CARDENAS, ES COMO SIGUE:

I. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones demandadas:

a) Pretensión principal

- ✓ Se declare nulo el despido por encontrarse embarazada la actora y se ordene la reposición inmediata en el puesto que venía ocupando.
- ✓ Ordenar el pago de todas las remuneraciones y beneficios dejados de percibir.
- ✓ Pago de honorarios profesionales.
- ✓ Intereses legales, costas y costos del proceso.

b) Pretensión subordinada:

- ✓ Determinar si la demandante fue pasible de un despido y si le asiste el derecho a la indemnización.

1.2. Sentencia apelada: Viene en revisión la **SENTENCIA** emitida mediante Resolución número nueve**,** de fecha 20 de febrero del 2019, obrante a fojas 546 a 555, que declara **INFUNDADA** la demanda, Sentencia que es apelada por la parte demandante.

1.3. Recurso de apelación formulado por la parte demandante: Alega como argumento en su recurso de apelación de fecha 27 de febrero de 2019, obrante a fojas 557 a 560, los siguientes agravios:

a. El análisis para desestimar la **pretensión de reposición resulta errado, pues se deja de lado la normatividad que respalda y protege a la madre trabajadora**. Opinar lo contrario sería permitir que el empleador abuse de esta condición del trabajador de confianza, lo que obviamente no

puede aceptarse en una sociedad civilizada y que tiende a dar mayores oportunidades a las mujeres trabajadoras.

b. El agravio se traduce en la **grave afectación a sus derechos y dignidad como madre trabajadora**, limitándome la posibilidad de trabajar y, como cualquier ciudadana, embarazarse y formar una familia. El agravio también es de carácter económico ya que se le impide contar con ingresos, castigándola no sólo a ella sino a toda su familia.

c. Respecto de los **costos representados por los honorarios profesionales de su abogado patrocinador,** se rechaza este pedido supuestamente por no haberse alcanzado el contrato de servicios, lo que consideramos equivocado puesto que el artículo 16 de la Ley 29497 que regula esta posibilidad de solicitar los mismos con la demanda, no exige que necesariamente tenga que presentarse un contrato escrito para este efecto.

II. FUNDAMENTOS:

De los límites de las facultades de este Tribunal al resolver el recurso de apelación:

2.1. De conformidad con el artículo 364° del Código Proc esal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

2.2. Los principios "La apelación debe ceñirse solo a los agravios" y el de la prohibición de la "reformar en perjuicio", ligados estrechamente a los principios dispositivo y de congruencia procesal que rigen el recurso de apelación, significa que este órgano superior revisor, al resolver, deberá pronunciarse sólo sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en su recurso, estando impedido de modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que exista apelación o adhesión de la otra parte.

- **Respecto la condición de la actora como trabajadora de confianza y su pedido de reposición por haberse configurado un despido nulo.**

2.3. La juez de primera instancia sustenta el fallo de la sentencia indicando:

"(...) No corresponde declarar la nulidad de un despido de un trabajador de confianza que se encuentra, valga la redundancia, supeditado a la confianza brindada por su empleador; es decir, el retiro de la confianza obedece a un criterio subjetivo de parte de su empleador; por ello, la finalización del vínculo laboral con los trabajadores de confianza no genera el derecho a la reposición, en consecuencia, se desestima la pretensión de declaración de nulidad

de despido, así como la reposición a su puesto de trabajo, y el pago de remuneraciones devengadas."

2.4. En el caso en concreto, no se encuentra en discusión, ni es agravio, la condición de la actora, como trabajadora de confianza. Sin perjuicio de ello, resulta conveniente efectuar el siguiente análisis:

- **Trabajadores de Confianza.** Conforme prevé el artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, los **trabajadores de confianza**, *"**son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales**". De este modo el trabajador de confianza pertenece a una **categoría especial de trabajadores que, por la naturaleza de su labor y especial rango dentro de la estructura organizacional, califican como "de confianza"**.*

- Asimismo, puede definirse como personal de confianza, según Néstor De Buen, a aquel trabajador que "**por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, mismas que lo ligan al destino mismo de la empresa"**[35]**.**

- De otro lado, debido a la especial situación jurídica que poseen los trabajadores "de confianza", estos poseen una regulación y características especiales en el seno de las relaciones laborales. Así, según lo enumerado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03501-2006-PA/TC-Lima, los trabajadores "de confianza", a diferencia de los trabajador "comunes", poseen, entre otras, las siguientes particularidades:

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

[35] DE BUEN, Néstor, Los derechos del Trabajador de Confianza, Instituto de Investigación Jurídica, UNAM, México, 2000, p. 62.

de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.
c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal.
d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador. […]".

- Por otro lado, el artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-96-TR, señala que para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, identificar y determinar los puestos que son de confianza en la empresa, de conformidad con la Ley; así como comunicar por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60° del mencionado reglamento establece que la calificación de los puestos de confianza **"*es una formalidad que debe observar el empleador*";** sin embargo, **"*su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada ésta se acredita*",** debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto de trabajo.

2.5. Ahora bien, la actora solicita su reposición al considerar que se ha configurado un **despido nulo** el cual se encuentra contemplado en el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que recoge una lista taxativa, es decir, cerrada de supuestos donde se configura el citado despido.

2.6. Así dicho dispositivo señala una lista de supuestos en los cuales un despido puede ser catalogado de nulo, a la letra el texto actualizado del articulo 29° LPCL refiere (resaltado y subrayado nuestro):

Es nulo el despido que tenga por motivo:
a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;
d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;
e) ***El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia****, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o*

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

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

2.7. Vale precisar, que cada una de estas causales tutela un derecho constitucionalmente protegido, por ende, la afectación a un derecho de este nivel es lo que, en el razonamiento del legislador, justifica la aplicación de esta figura del despido nulo, a diferencia de otros tipos de despido, cuya esencia, a diferencia de este, no radica en la afectación directa a un derecho constitucional.

2.8. De lo anterior, se desprende que el despido nulo se configura única y exclusivamente en determinados supuestos, en sentido contrario, si no se acredita alguna de las causales, así exista un despido, este no podrá rotularse de *"nulo"*, vale precisar que en materia de despido laboral es sumamente importante la delimitación del petitorio efectuado por el propio demandante con asesoría de su defensa legal, ya que el proceso se encausa respecto a un tipo de despido en particular debiendo analizarse únicamente los presupuestos configuradores del tipo de despido acusado.

2.9. En ese sentido, el legislador ha entendido el despido nulo en general presenta dificultades para su acreditación en juicio, pues la parte trabajadora debería acreditar para su configuración un motivo causado por su empleador que afecta directamente uno de los derechos constitucionales recogidos en la lista cerrada del articulo 29° LPCL. En tanto que tal motivo corresponde a la esfera psíquica del empleador o de sus representantes resulta difícil, cuando no imposible, su probanza y, por ende, resulta lógico que para verificar su conformación se ha de atender a los indicios que razonablemente permitan advertir el o los motivos prohibidos alegados.

2.10. Específicamente en cuanto, al despido **motivado por alguna de las causales de la maternidad**, vale decir, el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, se debe recordar que la madre trabajadora tiene una resguardo especial por nuestro ordenamiento jurídico, encabezando esta particular tutela la misma Constitución Política del Perú que, en el famoso artículo 23° de la Carta Mag na menciona: *"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."* (resaltado nuestro).

2.11. En base a ello, desde el campo constitucional, la normativa laboral ha considerado enfatizar la protección de los derechos de las mujeres que

tienen la condición de madres, lo que, naturalmente, implica el proceso de gestación, parto y la atención en la etapa post parto del menor. Por ende, se exige que el Estado y la sociedad, lo que en las relaciones laborales implica a los empleadores, se comporten con la mayor diligencia respecto a los derechos laborales de este grupo social, teniendo en cuenta la situación tan delicada y sensible por su rol natural. Del mensaje expuesto es claro advertir que el Estado peruano en concordancia con la normativa laboral vigente y los reiterados pronunciamientos judiciales sobre la materia rechazan categóricamente todo tipo de actos que directa o indirectamente se aprovechen de estas circunstancias naturales para perjudicar, en el campo laboral, a la madre trabajadora, sea gestante o en periodo de crianza.

2.12. De este modo, se advierte que, en simples palabras, el criterio de igualdad jurídica radica en un trato igual a lo que es igual, así, en sentido contrario, se permite un trato desigual entre lo que no es igual. Este el fundamento que justifica la creación de normas especiales destinadas a las mujeres en el ámbito laboral, ya que, si bien cierto, en las últimas décadas se ha luchado por una igualdad integral entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, ello tiene un matiz particular en cuanto a los aspectos de la maternidad pues la diferenciación de trato está basada en funciones biológicas naturales y propias de la mujer.

2.13. Ahora, en cuanto a la probanza de la nulidad de un despido motivado en la maternidad, también encontramos matices particulares, pues partiendo de las dificultades presentadas, de modo general, para acreditar en juicio, la motivación real de un despido nulo de cualquier índole, en lo que respecta, específicamente, a la causal de nulidad basada en la maternidad, la legislación laboral ha establecido una presunción legal pues refiere que: *"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." Asimismo dicha norma prevé en el último párrafo de su texto, que: "**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."***

2.14. Entonces, se advierte que la presunción del despido que tiene por motivo el embarazo, para que se pueda configurar ello, previamente se entiende que al empleador se le ha tenido que notificar con documentos adjuntos la situación de embarazo de la trabajadora.

2.15. Posterior a ello, la carga probatoria recae en el empleador, quien conforme la postura del legislador, se encuentra en mejor posición de acreditar la causa justa en la cual se fundamenta el despido efectuado a la trabajadora embarazada, vale decir, que el despido de una trabajadora embarazada, sí es posible en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando, el empleador demuestre en juicio la existencia de una

causa justa o una causa determinada por ley para despedir válidamente a dicha trabajadora.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

2.16. La propia parte demandante en su escrito de demanda reconoce que ingresó a laborar para la demandada el 01 de agosto de 2012 en los cargos de auxiliar, técnica y asesora congresal, bajo el régimen laboral de la actividad privada, en la modalidad de **personal de confianza,** condición laboral que también se encuentra acreditada con el certificado de trabajo que obra a fojas 18**.**

2.17. Con ocasión de la vista de la causa (minuto 00:10:10) la emplazada señala que: "*La actora fue designada libremente para ejercer funciones en el despacho del congresista Mamani, como trabajadora de confianza, (...)siendo que su cese fue debido al retiro de la confianza, y ello es válido debido a la libre designación y remoción precisamente por el modo de acceso, designación libre y basada en criterios subjetivos, justamente por eso su cese obedece a un criterio eminentemente subjetivo. No habiéndose producido el cese por su estado de embarazo"*

2.18. Por su parte la actora, señala con ocasión de la vista de la causa, *que el primero de marzo le dice (la secretaria) que le han cursado una carta, que estaba despedida* (minuto 00:21:00).

2.19. La afirmación citada se encuentra corroborada con la carta notarial de fecha 07 de marzo de 2018 (fs. 25) remitida por la actora al Presidente del Congreso en la cual en el tercer párrafo a la letra señala que: *" (...) informados que fueron de mi condición de mujer embarazada, pasan a sólo informarme verbalmente, esto es, sin ningún documento (...) que estaba cesando en mis funciones"*

2.20. Como es de verse la propia demandante reconoce que tomo conocimiento de su cese de manera verbal, el 01 de marzo de 2018 y que justamente ese día informó de su estado de embarazo; empero, respecto a esta última afirmación no existe medio probatorio alguno que acredite ello. Esto es, no existe documentación dirigida al Congresista Mamani (Jefe Inmediato - Persona que dispuso de manera directa la contratación de la demandante) sobre su estado de embarazo, más aún que dicha situación no fue evidente, ya que a la fecha del cese la actora tenia aproximadamente dos meses de embarazo, conforme se encuentra acreditado a fojas 21.

2.21. Sin perjuicio de lo señalado resulta pertinente indicar que si bien es cierto obra en autos la comunicación del estado del embarazo por parte de la actora a la Jefa de Recursos Humanos (fs. 21), no se encuentra acreditado de modo alguno que dicha información haya tenido conocimiento el Congresista Mamani, Jefe directo de la actora. Por lo que el retiro de confianza de este último no guarda correlato con el

embarazo de la demandante, ya que se puede presumir, debido a que no obra documento alguno que el jefe inmediato de la actora (Congresista Mamaní) no tenía conocimiento del embarazo. Antes bien, se encuentra acreditado en autos, que el cese de la actora obedece al retiro de confianza, ello se encuentra acreditado con el Oficio N°342-2017-2018-MMC-CR de fecha 28 de febrero de 2018, presentado al Departamento de Recursos Humanos el 01 de marzo de 2018 (fs. 126) suscrito por el Congresista de la República, Moisés Mamani Colquehuanca, en el cual se señala de forma expresa lo siguiente:

> *"Mediante la presente me dirijo a Usted, a efectos de poner en su conocimiento para los fines que estima pertinente, que la señorita Nelly Valenzuela Guevara, técnico de mi despacho congresal, laborará sólo hasta el día de hoy 28 de febrero del año en curso, en su reemplazo, ingresará a partir de mañana 01 de marzo la Srta. María Regina del Rosario Benavente Manrique(...)"*

2.22. Como es de verse, la extinción del vínculo laboral fue por la pérdida de confianza conforme ha sido acreditado por la emplazada, al respecto resulta pertinente indicar que:

- **Pérdida de confianza.** Debido a las especiales características de los trabajadores de confianza, que ocupan puestos de Alta Jerarquía de una organización (empresa pública o entidad estatal), el retiro de la confianza por parte del empleador constituye un acto subjetivo discrecional y permitido. En este sentido, se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0350 1-2006-PA/TC-Lima, señalando: "*Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza", valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y <u>constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva</u>, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos"* (el subrayado es agregado).
- La calificación "de confianza" a la que accede un trabajador, no implica la confianza genérica que posee todo trabajador que se inserta a trabajar a una organización que le es ajena, sino un vínculo de especial consideración, de especial confidencialidad para con el trabajo de dirección del empleador, de tal forma que la "pérdida de confianza" es causal de retiro del puesto de trabajo que ostente esa calidad. Es por ello que, dependiendo del modo en que el trabajador accedió al puesto de dirección o de confianza, la pérdida "de la confianza" genera dos efectos, a saber: ***i)*** si el trabajador ingresó directamente a ocupar dicho puesto, pues el retiro de la confianza implica la pérdida del empleo sin el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario, no pudiendo tampoco ampararse la reposición en el empleo (criterio adoptado por este Colegiado); y, ***ii)*** en caso el trabajador haya sido ascendido al cargo de confianza, pues le corresponde el derecho de retornar al puesto

MAGAZÍN JURISPRUDENCIAL
REVISTA JURÍDICA

anterior que ocupaba hasta antes de la promoción al puesto de confianza, con la remuneración que corresponde a dicho cargo.

2.23. El primer supuesto es el que se adecua al presente caso, ya que la actora no ha demostrado que antes de ser contratado como trabajadora de confianza, se encontraba laborando para la entidad demandada en otro puesto de trabajo, que no fuera tal.

2.24. Así las cosas, este colegiado considera que tratándose de una trabajadora de confianza no resulta cierto que la regla sea que el despido de este tipo de trabajadores deba basarse en hechos objetivos relacionado con su capacidad o conducta, para determinar la validez de su cese, ya que se olvida la forma de su ingreso, esto es, en base a la confianza del empleador (naturaleza subjetiva).

2.25. Por lo que no habiéndose acreditado en autos que la actora fue despedida debido a su embarazo; por el contrario, habiéndose acreditado que su cese obedeció al retiro de confianza, no corresponde ordenar la reposición solicitada por la actora.

2.26. Aunado a ello, este colegiado comparte la postura asumida por la Segunda de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la **Casación Laboral N° 4396-2017- LIMA** , de fecha 11 de julio de 2018, en el que se solicitó se declare la **nulidad de despido por causal de embarazo**, señalando entre sus fundamentos lo siguiente: *"Octavo: El Juez Supremo que suscribe considera que los trabajadores comunes u ordinarios gozan de estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos sino por causa prevista en la ley; mientras que los trabajadores que asumen un cargo de confianza, están supeditados a la "confianza" de su empleador, por lo que el retiro de la misma constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave que son objetivos. En 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 reposición del mismo".*

2.27. Lo expuesto guarda correlato con lo decidido en el **VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional del 2018**, en el Tema IV en el que se acuerda por unanimidad que:

- Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza.

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

MAGAZÍN JURISPRUDENCIAL
REVISTA JURÍDICA

2.28. Estando a que la postura de este Colegiado concuerda íntegramente con lo dispuesto en el Pleno en referencia, valoramos que la accionante inició sus servicios en la entidad demandada en un cargo de confianza manteniendo tal puesto hasta su fecha de cese, por lo cual entendemos que es de aplicación el primer supuesto, que se refiere que a los trabajadores que ingresaron a la entidad demandada en un cargo directivo o de confianza a quienes con el retiro de la misma no les corresponde, ni la reposición ni el pago de una indemnización por despido arbitrario. En consecuencia, no corresponde amparar el ***agravio planteado por la demandante.***

2.29. Resulta pertinente precisar que, este colegiado no emitirá pronunciamiento alguno respecto a la pretensión subordinada de indemnización por despido arbitrario, debido a que la misma ha quedado consentida, al no haber sido formulado como agravio por la parte demandante en su escrito de apelación.

- **Respecto a los costos representados por los honorarios profesionales del abogado patrocinador de la demandante.**

2.30. De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 411° del Código Procesal Civil, son los **honorarios abonados al Abogado de la parte vencedora**, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

2.31. Habiéndose confirmado la sentencia que declara **infundada la demanda**, no corresponde que la demandada pague a favor de la actora el concepto de costos del proceso.

2.32. Respecto a los costos procesales que correspondería pagar a la actora, resulta pertinente precisar que si bien es cierto se ha declarado infundada la demanda, debe repararse en que, de acuerdo al artículo 14 de la Ley N° 29497, el Juez exonera al prestador de servicios de costas y costos si las pretensiones reclamadas no superan las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP) o <u>si en cualquier tipo de pretensión, determina que hubo motivos razonables para demandar</u>.

2.33. A este respecto, habiéndose determinado que la actora tuvo motivos razonables para demandar debido a la complejidad del asunto, debe exonerarse a esta parte del pago de los costos del proceso.

2.34. En relación a los **honorarios del abogado patrocinante**, debe adecuar su pedido con arreglo a ley, conforme a lo dispuesto por el juez de

primera instancia, en vista que el presente proceso ha sido declarado infundado en todos sus extremos, como consecuencia de ello corresponde el archivo definitivo de la presente causa; en tal sentido, a los efectos de los honorarios, deberá formarse el incidente respectivo, el cual se entenderá entre la demandante y su abogado patrocinador, en el cual se determinará si corresponde o no el pago de honorarios reclamados y de ser el caso el monto, en tanto que no obra contrato alguno en autos; por lo que este **agravio merece ser desestimado**.

III. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado Superior, con la autoridad que le confiere el artículo 138º de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre del Pueblo, **RESUELVE:**

- **CONFIRMAR** la **SENTENCIA** emitida mediante Resolución número nueve**,** de fecha 20 de febrero del 2019, obrante a fojas 546 a 555, que declara: **INFUNDADA la demanda** sobre: Declaración de nulidad de despido, reposición a su puesto de trabajo, pago de remuneraciones dejadas de percibir, así como beneficios sociales, desde su fecha de cese hasta su reposición e Indemnización por despido arbitrario.
- Sin intereses legales. Sin costas, ni costos del proceso. Se deja a salvo el derecho al cobro de honorarios profesionales.

En los seguidos por **VALENZUELA GUEVARA NELLY LISSETH** contra **CONGRESO DE LA REPÚBLICA** sobre **NULIDAD DE DESPIDO Y OTROS**; y los devolvieron al Juzgado de Origen.