



EXP. N° 18433-2014-0-1801-JR-LA-16

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

VASCONES RUIZ

GONZALEZ SALCEDO

Vista de la Causa: 04/07/2019

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, **VANESSA RIVERA CHAVEZ**, contra la Sentencia N° 231-2018-16° JETL expedida mediante Resolución N° 12, d e fecha 25 de setiembre de 2018, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, declarando la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado desde el 22 de agosto de 2007 al 30 de junio de 2014, mas costos procesales, el cual se liquidará en ejecución de sentencia.

ASUNTO CONTROVERTIDO

La parte accionante pretende el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado adscrito al régimen laboral de la actividad privada previsto en el Decreto Legislativo N° 728, así como la reposición al puesto de trabajo (Especialista de Capacitación de la Escuela Registral de Capacitación) por la comisión de un despido nulo previsto en los incisos d) (producto de una variación durante el propio proceso) y e) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, mas el pago de remuneraciones, beneficios sociales, etc.

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



La parte demandante, **VANESSA RIVERA CHAVEZ**, en su apelación, alega que la sentencia apelada incurrió en error de 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; el cual sustenta sin modificar el petitorio de la demanda, conforme a lo referido en la Audiencia de Juzgamiento. (Agravio N°01)
- ii. No se ha considerado que los Memorándum N° 163-2014-SUNARP/OGRH y N° 247-2014-SUNARP/OGAJ advierten que la parte demandada ha tenido intención de poner fin a la relación laboral con anterioridad al cumplimiento del periodo de lactancia conforme al inciso e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual fuera aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR evidenciándose diversos actos de hostilidad que subsume a los actos de hostilidad dentro de la causal contemplada en el inciso d) del artículo 29° de la LPCL. (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 appellatum*, la competencia del Superior sólo alcanzará a ésta y a su tramitación; por lo que, corresponderá a este órgano jurisdiccional circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada, pronunciándose respecto a los agravios contenidos en el escrito.

CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTIAS CONSTITUCIONALES

SOBRE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO



SEGUNDO: De conformidad con el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú¹, 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 resoluciones²; 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 jurisdiccional³, 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 justicia⁴. 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 esenciales para cumplir con su finalidad⁵.

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 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres 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 8° de la Convención Americana⁶, 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 inculcado 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 inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado 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 inculcado 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.

DEL ACCESO A LA JUSTICIA

CUARTO: El derecho de Acceso a la Justicia es un derecho implícito a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, mediante en cual se asegura a todas las personas al acceso a un tribunal de justicia, de manera directa o a través de un representante, para que –dentro de las garantías mínimas- se sustente la pretensión de la demanda. Asimismo, la dimensión conceptual de la presente demanda, la Judicatura solamente podrá tener la obligación de acoger la pretensión y bajo un análisis razonable, en donde el plazo máximo tendrá que tendrán las cortes superiores para resolver el auto será de tres meses, en donde su exceso incurrirá en una dilación indebida y un plazo irrazonable.

Con tal fin, el Tribunal Constitucional ha prescrito, tal como lo señalado en el Exp. N° 010-2001-AI/TC, que *“El Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso. Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para 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, como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derecho Humanos (...) Sin embargo, su contenido protegido no se agota en garantizar el “derecho al proceso”, entendido como facultad de excitar la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados. En este sentido, su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”, pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho*

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.



de acceder a un “recurso efectivo”, lo que supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias”.

DE LA MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

QUINTO: 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 manera⁷. 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 defensa⁸; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

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

⁷ LANDA ARROYO CESAR, *“La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”*, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 532.

⁸ Ibidem, pág. 532



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



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

DEL DERECHO A LA DEFENSA

SEXTO: De conformidad con el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, en todas las etapas de un procedimiento judicial o administrativo sancionatorio⁹ no se podrá privar la defensa de un imputado mediante una regulación procedimental o mediante un acto curso que permita prohibir o restringir¹⁰ 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 peruano¹¹; 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 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*

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



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

SETIMO: 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 3° y 43° 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 ponderación¹².

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 estatal¹³; 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 aquella 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 aquella 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 aquella 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:



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.

OCTAVO: De esta manera, se deberá analizar con criterio de conciencia, que también en la Tutela Procesal Efectiva – en el cual forma parte el Debido

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

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

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

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

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



Proceso- la razonabilidad y proporcionalidad de una medida adoptada –en sede administrativa o judicial- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad¹⁴.

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 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres 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

¹⁴ *Ibidem*, Pág. 514.



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

Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha precisado que - a través de las sentencias recaídas en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC y N° 0090-2004-AA/TC, que la interdicción de la arbitrariedad se circunscribe que "(.) *Del principio del Estado de Derecho 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

1. ELEMENTO PROCESAL: LA VARIACION DE LA DEMANDA

Para poder analizar los alcances procesales respecto a la validez de la figura jurídica denominada variación de la demanda en el nuevo proceso laboral, este Colegiado Superior previamente analizará la vigencia de los principios de Prevalencia del Fondo sobre la Forma, la Veracidad Procesal, la eficacia de la Nulidad de las Resoluciones y su estricta vinculación con el derecho constitucional de la Cosa Juzgada; por cuanto los mismos podrán determinar la viabilidad de la variación de la demanda o alguna presunta colisión con las garantías constitucionales previstas en la Constitución Política del Perú.

DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES DE PREVALENCIA DE FONDO SOBRE LA FORMA Y VERACIDAD

DECIMO: La Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 ha otorgado al juzgador diversas potestades jurisdiccionales dentro del proceso para poder equilibrar la desigualdad material de las partes intervinientes, entendiéndose trabajador y el empleador, con el marco de administración de justicia; dentro de



ello, el Artículo III del Título Preliminar y el literal 1) del artículo 12° de la propia norma, faculta que a los jueces de primera y segunda instancia puedan dirigir e impulsar el proceso, atender la causa de fondo fuera de las formalidades procedimentales fijadas por norma, así como indagar a las partes (a través de preguntas directas, interrogatorios o la formulación dinámica de la teoría del caso) sobre los hechos no descritos en la demanda, con la finalidad que exista una certeza entre lo pretendido y lo corroborado.

Dentro de ellas potestades, se encuentra el principio de Prevalencia del Fondo sobre la Forma, por el cual se admite la posibilidad que el magistrado pueda aplicar las normas jurídicas dentro del marco de la razonabilidad y concentración procesal, en la medida que, dentro de la tramitación del proceso ordinario o abreviado, las vías procedimentales por sí mismas resulten insuficientes en virtud de su carácter general¹⁵; así, bajo los presentes criterios prácticos, el referido principio procesal intrínseco garantizará que tales órganos jurisdiccionales puedan ejercer plenamente la aplicación de Primacía de la Realidad, Oralidad e Inmediación, dentro de la vinculatoriedad de las vías procedimentales reguladas, peticiones imprecisas o acciones dilatorias de cada parte, con el fin que las deficiencias en cada proceso no permitan el impedimento de una Tutela Jurisdiccional Efectiva¹⁶. Asimismo, en lo que respecta al principio de Veracidad, también denominada Primacía de la Realidad, la misma tiene por objeto averiguar la verdad materia de conflicto, ya sea para confirmar su existencia o para descartarla, mediante la valoración de los medios probatorios ofrecidos en su conjunto, la aplicación de presunciones, sucedáneos, la inversión de la carga probatoria, etc.; para ello, bastará con puntualizar que en la Casación N° 4646-2014-Lima, en lo que respecta a la veracidad, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República precisa que *"El principio de veracidad también ve beneficiado por la oralidad de manera más certera y evidente, a partir de la actuación de las partes, la autenticidad de sus posiciones. Finalmente, los actos procesales son menores en un proceso oral que en uno esencialmente escriturario, con lo cual hace efectivo el principio de concentración"*.

Tan es cierto lo afirmado, que el propio TC, a través de los Exp. N° 991-2000-AA/TC y N° 2132-2003-AA/TC se ha reiterado que *"El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en forma reiterada, que el principio de primacía de la realidad se encuentra implícitamente en los artículos 22 y 23 de la Constitución, (...) El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto en la propia naturaleza tuitiva de nuestra constitución del trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (art. 22) y, además, como un objetivo de atención prioritario del Estado (art.23)"*, asimismo *"En caso de discordia entre lo que ocurriese en la práctica y lo que apareciera de los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos"*.

¹⁵GAMARRA VILCHEZ LEOPOLDO, "La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497", Revista Derecho y Sociedad N° 37, Pág. 200 a 211.

¹⁶ Ídem, Pág. 204-205



Ahora bien, si bien tales principios han permitido que el juez pueda evaluar la controversia de fondo, de conformidad con los actuales fallos jurisprudenciales, la misma no garantiza per se que el propio magistrado pueda irrogarse la facultad de no observar los plazos establecidos por Ley ante la presentación de los recursos impugnatorios, pues la valoración de la misma podrá ser flexible al momento de computarse los plazos o la formulación de la demanda, al advertirse algunos casos excepcionales por el cual propio órgano jurisdiccional de primera instancia pudiese haber modificado la sentencia o el contenido del fallo. En ese sentido, al momento de advertir que una interpretación literal pudiese colisionar con el Derecho a la Defensa o el Derecho a la Doble Instancia, la interpretación del artículo 32° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 deberá encontrarse acorde con los derechos anteriormente descritos y los cuales se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú.

SOBRE LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES

DECIMO PRIMERO: De conformidad con lo previsto en el primer párrafo del artículo 171° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en caso de autos, se ha establecido que ***“La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.”***; asimismo, resultará necesario indicar que la finalidad de las nulidades procesales será la de asegurar la garantía de la defensa en el proceso, pudiendo configurarse únicamente en relación con los actos procesales susceptibles de producir efectos jurídicos autónomos, como los actos emanados de un órgano judicial; **en tal sentido, solo cuando la ineficacia sea resultado de un vicio es posible hablar de nulidad.**

De igual forma, cabe señalar que para la declaración de nulidad de un acto procesal es requisito indispensable la existencia de un perjuicio al interesado, esto es que quien lo solicita tiene que acreditar estar perjudicado con el acto viciado; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al caso de autos, que señala *“(…) quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido (…)”*

Además, a mayor abundamiento, la corriente doctrinal señala que *“la misión de la nulidad (…)* No es propiamente asegurar la observancia de las formas procesales sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la Ley. Las formas son el medio o instrumento de que el legislador se vale para hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio, lo cual constituye el fundamento de los llamados derechos procesales de las partes. En cualquier supuesto en que esa garantía aparezca violada, aunque no haya texto expreso en la Ley, la declaración de la nulidad es improcedente si a pesar del defecto que el acto contiene el fin propuesto ha sido alcanzado (…)”. entendiéndose así



que la formula seria, pues, la siguiente: ***donde hay indefensión hay nulidad, si no hay indefensión, no hay nulidad.***

RESPECTO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA COSA JUZGADA

DECIMO SEGUNDO: De acuerdo a la teoría jurídica vigente, la Cosa Juzgada es un principio procesal y constitucional por el cual un órgano administrativo o jurisdiccional debe respetar toda resolución que ha tenido la condición de firme o por el cual exista un pronunciamiento sobre el fondo de una controversia jurídica por falta de interposición de un recurso impugnatorio, pues de aquella manera la ciudadanía podrá tener certeza jurídica o la predictibilidad de las resoluciones judiciales, los cuales deberán encontrarse acorde al orden objetivo de valores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales¹⁷.

Por ello, a través de la sentencia recaída en los expedientes N° 006-2006-PC/TC y N° 4587-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló en forma expresa que "(...) *La Constitución garantiza, a través de su artículo 139º, inciso 2, la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales (...)*", en donde "(...) *Una opinión del Tribunal Constitucional, mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial o puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó(...)*"

En ese sentido, como se podrá apreciar, la propia jurisprudencia en materia constitucional se ha encargado de diferenciar dos aspectos de la Cosa Juzgada, por cuanto la misma se desenvuelve jurídicamente en dos dimensiones, esto es, dentro de un aspecto material y un aspecto formal; para ello, a través del fallo expedido en el Exp. N° 4587-2004-AA/TC el TC ha

¹⁷ Por ello, el autor FIGUEROA GUTARRA EDWIN, en su trabajo denominado "*La cosa juzgada constitucional. Previsiones y oposiciones en la interpretación constitucional*" el cual fuera publicado en la Revista Peruana de Derecho Constitucional, precisa que la Cosa Juzgada sólo podrá existir en tanto se respete por parte de todos los demás poderes públicos la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, en cualquier tipo de controversia que pueda vincularse con estos contenidos. Para ello, se podrá revisar el trabajo descrito en el presente link: https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana_der_consti_9_07.pdf



reiterado que "(...) *Mediante la garantía de la cosa juzgada, se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (...)*". En tales aspectos, el eje central de la cosa juzgada formal se concentra en que ningún fallo puede ser modificado por otro funcionario o autoridad dentro de un mismo proceso u otro posterior, pues -tal como lo desarrollado en el Exp. N° 00574-2011-PA/TC- "(...) **Ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)**".

En consecuencia, se aprecia que nuestro sistema constitucional y ordinario claramente reconoce que la Cosa Juzgada Formal permite la vigencia en el tiempo de las resoluciones jurisdiccionales, pues garantiza la inmutabilidad del mandato en base a la imposibilidad que el mismo no pueda ser impugnado, por exceder el plazo establecido o por ya haberse agotado su oportunidad.

SOBRE LA APLICACION DEL PRINCIPIO PROCESAL DEL IURA NOVIT CURIA

DECIMO TERCERO: En nuestro sistema jurídico, se ha consagrado el Artículo VIII del Título Preliminar Código Civil, por el cual "*Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano*"; en ese sentido, la doctrina nacional ha definido claramente que el presente principio garantiza que los jueces (en tanto que operadores jurisdiccionales encargados de seleccionar la norma jurídica, interpretar, motivar su decisión y declarar los efectos jurídicos) quedarán obligados a emitir su decisión conforme con el sistema de fuentes legalmente establecido; el cual se aplicará en forma supletoria al presente proceso laboral, de conformidad a lo estipulada en la Segunda Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497.

Por lo tanto, cada órgano jurisdiccional tendrá el deber de conocer el ordenamiento jurídico, pues es un deber funcional que tienen los Jueces de conocer el ordenamiento jurídico, con el fin de resolver los procesos, aplicando el derecho (norma, jurisprudencia, doctrina y principios) que corresponde al caso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Por ello, en base a la sentencia contenida en el Exp. N° 0569-2003-AC/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que "*(...) El caso del aforismo iura novit curia, contemplado en los artículos VII del Título Preliminar del Código Civil y del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a los procesos constitucionales, conforme al artículo 63° la Ley N.° 26435. Aquel precepto*



establece que "(el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (...)) Dicho aforismo, literalmente significa que el Tribunal conoce el derecho" y se refiere a la invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso (...)) Aun cuando este no sea el principio que pudiera ser que viene siendo aplicable a este caso, consideramos importante referirnos a él, a fin de determinar el contenido de sus alcances. Así, a diferencia de las situaciones resueltas sobre la base de la aplicación del principio de suplencia de queja deficiente, por aplicación del aforismo iura novit curia, el juez tiene el deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda. De este modo el juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia (...))".

Asimismo, a través de la Casación N° 15269-2016-Piura, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Superior de Justicia de la República ha establecido que "(...) El principio de iura novit curia se puede conceptualizar como el deber funcional que tienen los Jueces de conocer el ordenamiento jurídico, con el fin de resolver los procesos, aplicando el derecho (norma, jurisprudencia, doctrina y principios) que corresponde al caso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (...))".

DEL CASO EN CONCRETO

DECIMO CUARTO: De los actuados, esta Vocalía no comparte el fundamento desarrollado por la vocal ponente sobre la imposibilidad jurídica de variar la demanda en la audiencia de juzgamiento o que la misma sea una causal de afectación del derecho a la defensa de la parte demandada; por cuanto, dentro del presente proceso, se observa que esta segunda instancia -a través de la Sentencia de Vista de fecha 04 de abril de 2017 (a fojas 407 a 415)- ha declarado que la parte demandante podrá subsanar su demanda o tener la posibilidad de incluir pretensiones adicionales que puedan tutelar óptimamente su derecho, pues el precedente vinculante Huatuco Huatuco conllevaría al recorte de sus derechos constitucionales.

Ahora, si bien es verdad que mediante escrito presentado por la parte demandante con fecha 06 de febrero de 2018 (a fojas 426 a 441), se reiteró la demanda de nulidad de despido en base a la aplicación del inciso e) del artículo 29° de la LPCL, pero también es verdad que en la propia Audiencia de Juzgamiento, celebrado el 12 de setiembre de 2018, la parte demandante solicitó la variación (ampliación) de la demanda, al momento de solicitar oralmente la inclusión de la causal contemplada en el inciso d) del artículo 29° de la LPCL, a pesar del rechazo realizado a la referida solicitud por parte del órgano jurisdiccional de primera instancia y no fuera declarado como punto controvertido; en efecto, de la revisión de la referida audiencia de Juzgamiento se aprecia que la defensa de la demandante afirma lo siguiente "*Asimismo, en base al principio de oralidad doctora, solicito que se tome en consideración la discriminación como mujer embarazada, toda vez que durante la fecha de cese, la demandante fue objeto de discriminación, fue hostigada por su*



condición de mujer"(minutos 00:03:39 a 00:04:05), en ese sentido se advierte que la accionante también ha incluido en el presente proceso la causal señalada en el inciso d) del artículo 29° de la LPC L (en base a la constitución de un acto de discriminación) y el cual ha sido trasladado a la parte demandada, pues -al momento de señalar la causal por acto de discriminación- se refirió que *"No nos encontramos entre la figura de un despido nulo, por cuanto la invocación del periodo de lactancia no estaba vigente al momento de producirse el hecho, conforme al principio de legalidad y temporalidad de la norma, así como actos de hostilidad u hostigamiento que no han sido acreditados y que no forman parte de las pretensiones en esta instancia"* (minutos 00:46:10 a 00:46:24). Así se podrá apreciar que en el presente proceso si se advierte la controversia por ambas causales contempladas en los incisos d) y e) del artículo 29 de la LPCL, al ser interpuestas por la parte accionante y contradicha por la emplazada en la propia Audiencia de Juzgamiento, aunque no se haya señalado como punto controvertido o no se haya sustentado en la sentencia impugnada.

Más aún, si se aprecia que el recurso de apelación presentado el 02 de octubre de 2018 se alega una indebida motivación y falta de valoración de los medios probatorios conforme a la aplicación del inciso d) del artículo 29° de la LPCL y el cual es objeto de agravio en la presente instancia, no se podrá sustentar jurídicamente alguna imposibilidad jurídica de no reconocer la pretensión sustentada en el referido inciso, pues al mismo ya es materia de controversia desde la primera instancia; además, si se analiza el desarrollo de la Sentencia de Vista ante esta Octava Sala Laboral de Lima, se podrá tener presente que nuevamente la parte demandante reitera que *"También invocamos el inciso d) por discriminación, lo invocamos en forma oral, nosotros también invocamos el inciso d) en la audiencia de forma oral, toda vez que se evidencia un acto discriminatorio, pues se ha omitido pronunciarse sobre el inciso d) del artículo 29° de la LPCL, conforme al inciso d) se establece una protección en forma más amplia con respecto a la nulidad por razón del sexo, raza o religión"* (minutos 00:03:45 a 00:05:30), ante el cual la parte demandada replica *"El inciso d), del que ahora se pretende sostener que el mismo se sostuvo en la audiencia de juzgamiento, para esto (...) a lo largo del recurso de apelación se varia y pretende sustentar que el asunto discriminatorio se subsume en la calidad de madre lactante y yo pregunto, señores magistrados, ¿La madre lactante no es acaso lo que protege la modificación de la Ley?, es lo mismo, precisamente se está protegiendo a la madre lactante, pero la norma entró en vigencia con posterioridad al cese, es lo que resalta el a quo en su sentencia; además, señores magistrados, también resaltar que la parte accionante solamente reitera argumentos que ya han sido evaluados por la magistrada en primera instancia, sino que subraya que la supuesta discriminación habría venido en atención a su calidad de madre lactante en atención de actos de hostilidad, el cual no existe ninguna prueba. Por el contrario, nosotros hemos acreditado escrupulosamente la normatividad vigente en ese entonces"* (minutos 00:08:45 a 00:11:33).

En ese sentido, este Colegiado considera que el hecho que la parte demandante haya sustentado inicialmente un despido nulo por la causal de



afectación a la maternidad (previsto en el inciso e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR) para luego alegar (dentro de la Audiencia de Juzgamiento) la constitución de la causal regulada en el inciso d) del artículo 29° de la LPCL no constituye una violación a los derechos constitucionales al Derecho de Defensa o a un Debido Proceso; por cuanto, los mismos se relacionarán necesariamente durante la controversia de fondo sobre la protección constitucional e internacional de la madre gestante dentro de una relación laboral y en base a la vigencia de la figura procesal de la Cosa Juzgada Formal ya descrita en los párrafos precedentes, además -con relación a la variación de la pretensión relacionada con el inciso d) del artículo 29° de la LPCL- de tener acreditado que las partes procesales alegaron sus argumentos de defensa en relación a la causal de discriminación en ambas instancias, conllevando a la inexistencia de alguna vulneración al Debido Proceso o a la Defensa el cual puede acarrear alguna nulidad posterior.

Asimismo, no se deberá dejar de tener presente que -aunque se encuentren omisiones contenidas en la sentencia impugnada sobre la valoración de la causal contemplada en el inciso d) del artículo 29° de la LPCL- nuestro sistema jurídico nacional (conforme a la aplicación del Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y el artículo 139° de la Constitución Política del Perú), conforme a lo ya señalado previamente, ha previsto en forma expresa que los jueces de todas instancias (sean ordinarias o constitucionales) deberán aplicar adecuadamente el derecho que corresponda, e pesar que no hayan sido alegadas por las partes, conforme a la aplicación del derecho que corresponda, fuera de las omisiones realizadas por el órgano jurisdiccional de primera instancia al momento de no incluirse dentro de los puntos controvertidos o en los fundamentos de la sentencia.

DECIMO QUINTO: De esta manera, este Despacho aprecia que (a pesar de existir una clara contradicción de posiciones entre Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral - NLPT 2013¹⁸ y el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del año 2017¹⁹) no existirá un motivo suficiente para que el órgano jurisdiccional de primera instancia no se haya podido pronunciar sobre la causal constituida en el inciso d) del artículo 29° de la LPCL, pues el principio procesal de Prevalencia del Fondo sobre la Forma (en concordancia con el derecho constitucional de Acceso a la Justicia reconocida en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú) garantizará que todo juzgador

¹⁸ En el referido Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2013 se acordó (por mayoría) que “*Si es posible reformular la pretensión en la audiencia de juzgamiento, porque en el proceso laboral, las actuaciones orales prevalecen sobre las escritas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, no afectándose el derecho a la defensa (contradicción) de las partes porque en la misma audiencia el juez como director del proceso, puede correr traslado de la reformulación indicada, para que la absuelva en la misma audiencia, o suspender la audiencia para tal finalidad y volver a citar a las partes para la continuación correspondiente*”.

¹⁹ En el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del año 2017 se constituyó (por mayoría) que “*No se puede modificar la demanda de audiencia de juzgamiento de conformidad con el art. 428° del Código Procesal Civil de aplicación supletoria, pero excepcionalmente se pueden efectuar precisiones o aclaraciones respecto de una pretensión en tanto no altere sustancialmente*”.



(sea de primera o de segunda instancia) deberá anteponer los fines de todo proceso ordinario o constitucional a las exigencias de tipo procedimental o formal.

Con ello, en caso de una duda razonable, la NLPT y el código procesal constitucional han admitido la posibilidad que los Jueces viabilicen alguna variación sustancial de la demanda y ordenen la continuación de la tramitación del proceso, sin la necesidad que durante el transcurso de la etapa postulatoria de la demanda o la etapa de las audiencias se aprecien errores en la pretensión de la demanda o que la misma fuese formulada por la propia parte solicitante.

DECIMO SEXTO: Ahora bien, si bien es verdad que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha determinado -a través de la Casación N° 4468-2016-Lambayeque²⁰- que los órganos jurisdiccionales no podrán modificar en forma unilateral el petitorio de la demanda dentro del proceso (aún más dentro de la segunda instancia), este Colegiado estima que la misma deberá analizarse dentro de su propio contexto, pues el origen de aquella ejecutoria se suscitó en la modificación jurídica de la demanda en segunda instancia (variando la pretensión inicial de un despido fraudulento a uno de despido incausado) y sin otorgar la potestad que la parte demandada pueda ejercer su derecho de defensa así como el derecho de contradicción; por lo que, al tener presente que -en esta concreta controversia- el hecho se ha suscitado en la modificación de la pretensión formulada por la propia parte demandante (de un despido nulo por una causal contemplada en el inciso b) del artículo 29 de la LPCL) en la propia Audiencia de Conciliación; entonces se podrá apreciar con criterio razonable que nos encontramos en una **situación distinta** a la que motivó la Casación N° 4468-2016-Lambayeque, pues, en este caso, la variación de la demanda se ha realizado dentro de la Audiencia de Conciliación (el cual fuera ordenado por esta Sala Superior, mediante la aplicación de la Cosa Juzgada Formal reconocida en nuestra Carta Magna) y con el respectivo traslado del petitorio a la parte demandada, el cual fue contradicho por la parte demandada, al momento de indicar que la SUNARP no realizó ninguna extinción de la relación laboral bajo supuestos discriminatorios.

En efecto, de la revisión de la Audiencia de Conciliación, se podrá apreciar concretamente que la parte demandada, ante la variación de la pretensión sobre el inciso d) del artículo 29° de la LPCL, ha señalado de manera concreta que *"No nos encontramos entre la figura de un despido nulo, por cuanto la invocación del periodo de lactancia no estaba vigente al momento de producirse el hecho, conforme al principio de legalidad y temporalidad de la norma, así como actos de hostilidad u hostigamiento que no han sido*

²⁰ A través de la Casación N° 4468-2016 Lambayeque, el Colegiado Supremo ha establecido que "(...) *Tal como se ha descrito, la litis ha discurrido respecto a la pretensión de calificar la existencia de un despido incausado, al haberlo así propuesto la actora en su escrito de corrección de pretensión, lo que importó que se ejerza la defensa en dicho sentido, lo que conlleva a establecer que al haberse sentenciado en segunda instancia, y otorgado el derecho por una pretensión no postulada, como es el caso de calificar el despido como fraudulento, se ha violentado el principio de congruencia procesal y por ende el debido proceso (...)*".



acreditados y que no forman parte de las pretensiones en esta instancia (minutos 00:05:52 a 00:06:22); por lo que, se podrá concluir que la parte demandada si se ha pronunciado (dentro de sus argumentos de defensa) sobre la causal de despido nulo por actos de discriminación y conllevando que la presente controversia pueda ser analizada conforme a los alcances de los artículos d) y e) del artículo 29° de la LPCL en forma conjunta.

Por ello, bastará con precisar que el propio Tribunal Constitucional -en reiterada jurisprudencia (tales como las señaladas en los Exp. N° 0905-2001-AA/TC y N° 2868-2004-AA/TC)- que si es admisible la interpretación constitucional de la variación de la demandada dentro del propio proceso y corriendo el traslado correspondiente a la parte demandada, pues su admisión constitucional se sustentará en que es obligación del juzgador aplicar correctamente el derecho objetivo que involucra el reconocimiento del derecho subjetivo, pues "(...) *El Tribunal no considera que estos resulten afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del iura novit curia en este proceso (...) es que **la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel (...)***" (Exp. N° 2868-2004-AA/TC).

De esta manera, admitiendo que en procesos similares (como en lo sustentado en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC) se acepta la variación de la calificación jurídica en diversas etapas procesales, este Colegiado Superior asume la conclusión realizada por el Tribunal Constitucional al momento de sustentar razonablemente que la variación de la demandada se encontrará sujeta a los conceptos jurídicos de extensión variable, dado que "(...) *Se acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados (...) Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social (...) Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto (...) En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada (...)*".

En consecuencia, al haberse resuelto en este proceso la admisión de la variación de la demanda a través de la Sentencia de Vista de fecha 04 de abril de 2017 (a fojas 407 a 415) conforme a la vigencia del principio de Cosa Juzgada Formal (el cual no podrá ser modificada por otra autoridad jurisdiccional dentro del mismo proceso), se procederá a analizar la



controversia de fondo conforme a las causales pretendidas en este proceso, esto es, la nulidad del despido en base a la aplicación de los incisos d) y e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual fuera aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

2. ELEMENTO MATERIAL:

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, se advierte que no es objeto de controversia el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado y sujeto al régimen laboral de la actividad privada previsto en el Decreto Legislativo N° 728 producto de una desnaturalización de contrato, en tanto que el mismo no ha sido objeto de impugnación o agravio por las partes intervinientes.

En ese sentido, 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 y en la variación de la misma, el cual se produjera en la etapa correspondiente.

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL CONTRA UN DEPIDO ABUSIVO

DECIMO SETIMO: 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 inválida y se sujetará a una indemnización por despido arbitrario, para ello, se podrá apreciar que -en la sentencia recaída en el Exp. N° 02939-2012-PA/TC- e I TC ha reiterado que "(...) El artículo 31° de la referida norma legal establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le



formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia(...)".

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

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

"(...) El artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario".

Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

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

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

Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente



abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

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

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

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

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 OCTAVO: 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, constitucional²¹ 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 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

²¹ 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"*.



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 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 asegura su derecho a trabajar mediante el impedimento del despido por razón de maternidad o la discriminación de los despidos en base al estado civil mediante una protección especial.

DECIMO NOVENO: Ahora bien, dentro de la causal contemplada en el **inciso d) del artículo 29° de la LPCL**, se deberá tener presente que tal causal se encuentra vinculada a la vulneración del derecho constitucional a la igualdad y no discriminación que tengan motivos relacionados con el sexo, la religión, raza y otros motivos relacionados, en donde también se podrá incluir la causa de protección de la maternidad ante actos vejatorios por parte del empleador por tal condición fáctica.

Para ello, no se puede dejar de tener presente que el Derecho a la Igualdad ante la Ley (consagrado en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú), aparte de ser un derecho fundamental, también es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos; pues se trata de un reconocimiento por el cual todo ciudadano no podrá ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (esto es: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión,



condición económica) o por otras ("motivo" o "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes; asimismo, dentro del presente derecho, también se ha precisado que no toda desigualdad constituirá necesariamente una discriminación, dado que no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino un trato desigual el cual carezca de una **justificación objetiva y razonable**²².

En efecto, la aplicación del principio de igualdad no excluirá un tratamiento desigual; por ello, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables, en donde una parte no podrá modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Por tal razón, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 2537-2002-AA/TC y N° 02861-2010-PA/TC, el propio TC ha concluido pues que "(...)La igualdad, como derecho fundamental, está consagrada por el artículo 2.2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. (...)Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable(...) Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables".

²² En el Exp. N° 2537-2002-AA/TC, el propio Tribunal Constitucional precisó que "La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. Así, también el artículo 14 dice que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad".



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

VIGESIMO: 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 OIT²³, 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.

²³ 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.



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

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

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

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

Para ello, los artículos 3° y 5° de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, vigente desde 1981, dispuso que los Estados miembros deberán tomar las medidas apropiadas para asegurar el desarrollo de la mujer (aún más de la madre trabajadora), con el objeto de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos en igualdad de condiciones con el hombre; con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias que se encuentren basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los 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”²⁴, los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

²⁴ 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.



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 4º) 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.

Con ello, los órganos supervisores a nivel internacional, OIT así como la Organización de las 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.

VIGESIMO SEGUNDO: 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*"²⁵, 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 11º 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 asegure 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

²⁵ 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



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

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

a. *Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*

b. *Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados".*

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 ocupación²⁶ (el cual se podrá aplicar plenamente en el presente caso, por la tutela de

²⁶ 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



acceso de los derechos contra la discriminación); en tal sentido, el organismo internacional ha referido que existirá discriminación siempre que una persona no disfrute plenamente - por razones que no se deberían tener en cuenta - de las mismas oportunidades o del mismo trato del que gozan otras personas en materia de empleo y de profesión.

Por tal razón, la definición dada en los instrumentos de la OIT en 1958²⁷ 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 trato²⁸.

VIGESIMO CUARTO: Ahora bien, a nivel jurisprudencial, de la revisión de los Exp. N° 008-2005-PI/TC y N° 04922-2007-PA/TC, se podrá apreciar que el órgano de control de la constitución ha establecido el derecho a la igualdad en materia remunerativa, pues "(...) *La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. Así el artículo 103° de la Constitución Política de I 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*

²⁷ 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).

²⁸ 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.



constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores." Por tanto dichas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes: Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo. Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.)".

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

Con tal razón, la presente protección de carácter 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.**

DEL CASO EN CONCRETO

VIGESIMO QUINTO: Por tal razón, de los actuados, se aprecia que **la parte demandante** sostiene que el cese de la relación laboral se produjo en forma nula en base a la aplicación de los incisos d) y e) del artículo 29° de la LPCL, en cuanto no se ha considerado que la parte trabajadora ha sufrido un trato discriminatorio y vejatorio por parte de la institución demandada, debido a su



condición de madre gestante, al momento de producirse la extinción de la relación laboral.

Asimismo, precisa que el órgano jurisdiccional de primera instancia no ha considerado que la parte demandada siempre ha tenido intención de poner fin a la relación laboral con anterioridad al cumplimiento del periodo de maternidad o lactancia, pues mediante la valoración de los Memorándum N° 163-2014-SUNARP/OGRH y N° 247-2014-SUNARP/OGAJ, se aprecia la finalidad arbitraria de extinguir la relación laboral mediante una causa aparente y ocultado un trato discriminatorio por la condición de madre gestante trabajadora.

Ante ello, **el órgano jurisdiccional** ha considerado que la presente pretensión no podrá ampararse, por cuanto que el cese de la relación laboral se produjo el 30 de junio de 2014 y el cual se realizó con posterioridad a los 100 días del parto de la demandante, concluyendo que no podría acreditarse alguna causal contemplada en el inciso e) del artículo 29° de la LPCL.

VIGESIMO SEXTO: Ahora bien, de la revisión de los actuados y evaluando las causales jurídicas contempladas en los incisos d) y e) del artículo 29° de la LPCL, **este Colegiado Superior** advierte que, mediante el Memorándum N° 314-2014-SUNARP-OGRH expedido por la Oficina General de Recursos Humanos de fecha 19 de junio de 2014 (a fojas 184), la entidad demandada comunicó a la accionante la decisión de no renovar o prorrogar el contrato administrativo de servicios (CAS) el cual concluyó efectivamente el 30 de junio de 2014, conforme al cargo de notificación de fecha 19 de junio de 2014.

En ese sentido, 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 de la carta de no renovación del contrato CAS o del vencimiento del contrato; en ese sentido, **este Colegiado asume la postura por el cual el elemento objetivo que determina la comisión de un Despido Nulo ha sido la carta de no renovación del contrato expedido mediante Memorándum N° 314-2014-SUNARP-OGRH expedido por la Oficina General de Recursos Humanos de fecha 19 de junio de 2014 (a fojas 184), por cuanto con tal notificación se advierte un trasladado de la decisión de la entidad en terminar la relación.**

VIGESIMO SETIMO: Por lo que, respecto a la configuración inciso de la causal contemplada en el **inciso e) del artículo 29° de la LPCL**, se deberá tener presente que, si se parte de la postura por el cual se deberá aplicar el plazo de protección de los 90 días por concepto del descanso pre y post natal previsto en el artículo 29° de la LPCL (por aplicación de las normas en el tiempo al año 2014), se observa que mediante el propio Memorándum N° 314-2014-SUNARP-OGRH, expedido por la Oficina General de Recursos Humanos, dentro del propio proceso se ha acreditado que si existía el ánimo del empleador de extinguir la relación laboral por la condición de gestación,



pues tal decisión fue notificada el **19 de junio de 2014**, es decir, al día **90 del periodo de la protección por maternidad**.

Asimismo, si se analiza el mismo supuesto desde una óptica integral o sujeta a la protección vertida en el orden internacional en base a prevalencia del periodo de la Lactancia (es decir, un año posterior a la culminación de la maternidad pre y post natal), se observa que **la fecha de la lactancia materna todavía culminaba el 18 de junio de 2015**, por lo que resultaría contradictorio que la protección de la maternidad -a través de la lactancia- pueda ser suprimida por la aplicación de la vigencia de las normas en el tiempo (el cual es base del primer supuesto analizado), pues las garantías de carácter constitucional e internacional deberán prevalecer sobre el mero análisis legal de la aplicación de las normas en el tiempo.

VIGESIMO OCTAVO: Por tal razón, al tener como referencia que la fecha de nacimiento del hijo de la demandante se ha producido el 19 de marzo de 2014, tal como se aprecia del Acta de Nacimiento expedida por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC (a fojas 04), se podrá concluir con criterio de razonabilidad que el cese de la relación laboral se produjo de manera ilegal e inconstitucional, acreditándose la conclusión de un despido nulo previsto en el inciso e) del artículo 29° de la LPCL en base a dos sucesos objetivos y legales citados en los párrafos precedentes, esto es:

- a) No advertirse debidamente que la parte demandante se encontraba protegida por el **periodo de maternidad** de los 90 días de pre y post natal al 19 de junio de 2014. (Primera Postura)
- b) No considerar oportunamente que la demandante aún se encontraba dentro de un **periodo de lactancia** de un año y el cual recién concluía el 18 de junio de 2015. (Segunda Postura)

En consecuencia, carece de razonabilidad y objetividad que el órgano jurisdiccional de primera instancia haya sustentado que ya había pasado los 100 días de protección de la maternidad, sin considerar debidamente los dos supuestos de aplicación en el presente caso (protección por 90 días o el periodo de lactancia), por cuanto los mismos son consecuencia de un análisis integral conforme a aplicación de las garantías internacionales (el cual tienen el carácter de pre existentes a la entrada en vigencia a la Ley N° 30367) reconocidas a través del Convenio Internacional N° 183 de la OIT, el 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, los cuales ya han sido sustentados en los párrafos precedentes.

VIGESIMO NOVENO: Ahora bien, en lo que respecta a la causal prevista en el **inciso d) del artículo 29° de la LPCL**, correspondiente al despido nulo por actos de discriminación y actos contrarios al principio constitucional de la igualdad y la no discriminación, se tiene presente que -Mediante el Memorándum N° 163-2014-SUNARP/OGRH, de fecha 02 de abril de 2014 (a fojas 172)- se aprecia que el jefe de la Oficina de Recursos Humanos de la SUNARP solicitó al Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica sobre la



procedencia de dar por concluido el contrato CAS con fecha de término a 30 de junio de 2014, al considerar que la trabajadora ya se encontraba gozando de su licencia por maternidad.

Por consiguiente, al considerarse que mediante Memorándum N° 247-2014-SUNARP/OGAJ, a fojas 173, la Oficina de Asesoría Jurídica comunica al órgano emisor que el contrato CAS no podrá concluir hasta el cumplimiento de su licencia por maternidad, con lo que se advierte desde ya un ánimo hostil por parte del empleador con la finalidad de cesar a la demandante de su relación laboral por su condición de madre trabajadora.

Además, de la revisión de diversos correos electrónicos (a fojas 175 a 183), se advierte una omisión de los superiores jerárquicos en otorgarles funciones (conforme a su cargo) con posterioridad a su ingreso (conforme a lo citado en el correo electrónico de fecha 16 de junio de 2014), así como el mal estado de los lactarios durante el mismo periodo; tan es así, que -de las fotos adjuntadas en el expediente (a fojas 179 a 180)- por el cual se aprecia que sus pertenencias fueron sustraídas de su escritorio asignado, para ser trasladados a un ambiente muy diferente.

TRIGESIMO: De tal situación, nuevamente se aprecia que -efectivamente- la parte demandante ha sido víctima de un despido nulo mediante un acto de discriminación por su condición de madre trabajadora, pues se observa en forma objetiva que el motivo de la entidad demandada ha sido desvincular la trabajadora con la no renovación del cas después de un presunto cumplimiento de su licencia por maternidad (el cual no se aprecia en el presente caso, al haberse notificado el cese al día 90 de la licencia) sin considerar que la demandante ha sido realidad una trabajadora a plazo indeterminado.

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 los incisos d) y 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

TRIGESIMO PRIMERO: 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 amenaza²⁹; 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 existente³⁰ al momento de haberse constituido la vulneración; garantizándose 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 efectos³¹.

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**³², 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 íntegra, 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 N° 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*".

²⁹ 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.

³⁰ 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 consuma la lesión si el acto no ha 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.

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 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"*.



TRIGESIMO SEGUNDO: De lo actuado en el presente proceso, al haberse declarado fundada la demanda de reposición al puesto de trabajo por la configuración de un Despido Nulo y no existiendo una controversia sobre la desnaturalización de la relación laboral a plazo indeterminado, se deberá ordenar a la entidad la reposición de la demandante a su puesto de trabajo u otro de similar categoría, así como el pago de las remuneraciones devengadas, el cual se determinará en ejecución de sentencia.

III. PARTE RESOLUTIVA:

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

HA RESUELTO:

1.- **CONFIRMAR** la Sentencia N° 231-2018-16° JETL expedida mediante Resolución N° 12, de fecha 25 de setiembre de 2018, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, declarando la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado desde el 22 de agosto de 2007 al 30 de junio de 2014, mas costos procesales, el cual se liquidará en ejecución de sentencia.

2.- **REVOCAR** la Sentencia N° 231-2018-16° JETL expedida mediante Resolución N° 12, de fecha 25 de setiembre de 2018, en el cual se declaró infundada la reposición al puesto de trabajo o a uno de similar categoría por la causal contemplada; por lo que, reformándola, la declararon **FUNDADA**, ordenándose la reposición al puesto de trabajo u otro cargo de similar categoría conforme a la causal prevista 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, el cual se determinará en la ejecución de la sentencia. Se integra a la presente sentencia la causal de despido nulo contemplado en el inciso d) 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.

En los seguidos por **VANESSA RIVERA CHAVEZ** contra los **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS - SUNARP**, 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. PRETENSIÓN DEMANDADA:

- ✓ Se declare la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, conforme a los alcances del régimen laboral privado.
- ✓ Se declare Nulo el despido al haber incurrido la demandada en las causales prevista en el artículo 29° inciso e) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, consecuencia de ello, se ordene su reposición a las labores habituales de Especialista de Capacitación de la Escuela Registral de Capacitación y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, CTS con los intereses legales y bancarios correspondientes.

1.2. RESOLUCIÓN APELADA: Vino en revisión por **apelación del demandante**³³, concedida mediante Resolución N° 13³⁴, de fecha 3 de enero de 2019, contra:

La **Sentencia N° 231-2018-16° JETL, contenida en la Resolución N° 12, de fecha 25 de setiembre de 2018**³⁵ que declara FUNDADA en parte la demanda.

1.3. ARGUMENTO DE LA APELANTE (DEMANDANTE): Alega que:

1. **No se ha analizado la causal de discriminación por ostentar la condición de madre lactante, el cual fue invocado en audiencia conforme al principio de oralidad, supuestos señalado en el literal d) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, sin modificar el petitorio de la demanda, ni los hechos invocados, toda vez, que conforme a la declaración efectuada por la empleada en audiencia.**
2. Los Memorándum N° 163-2014-SUNARP/OGRH y N° 247-2014-SUNARP/OGAJ, se verifica que la empleada tenía la intención de poner fin a la relación laboral, antes de cumplido los 90 días, por cuanto se

³³ Escrito de fecha 2 de octubre de 2018 (fs. 716 a 719).

³⁴ Obrante de folios 720 a 722.

³⁵ Obrante de folios 694 a 710.



encontraba gozando del descanso pre y postnatal, siendo que esperó a que se venciera el plazo de 90 días de protección estipulado en el literal e) del artículo 29° del TUO del D. S N° 728, produciéndose el despido durante el período de lactancia, que sumado a que fue víctima de actos de hostigamiento, lo cual no fue contradicho por la emplazada, pone en evidencia que su despido obedece a su condición de madre lactante, lo cual subsume a la causal de nulidad de despido en el d) del artículo antes citado; por lo que, el haberse invocado dicha causal en la audiencia de juzgamiento no vulnera el derecho de defensa de la emplazada por cuanto no se han modificado los hechos invocados ni el petitorio.

II. ANÁLISIS DEL CASO:

• 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 Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.
- 2.2. Los principios dispositivo y de congruencia procesal que rigen el recurso de apelación, significa que este órgano superior revisor, al resolver la apelación, deberá pronunciarse sólo sobre aquellas alegaciones (pretensiones o agravios) invocadas 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.

❖ CONSIDERACIONES DEL COLEGIADO RESPECTO DE LO ALEGADO EN APELACIÓN.

• Con relación a la falta de pronunciamiento respecto al inciso d) del artículo 29° del Decreto Supremo N°003-97-TR:

- 2.3. Previamente, es de señalar que en la demanda se aprecia que una de las pretensiones es la nulidad de despido por la causal prevista en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N°003-97-TR:

Segunda Pretensión Principal.- se Declare el Nulo el Despido, al haber incurrido la demandada en las causales prevista en el artículo 29° inciso e) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, modificado por la Ley N°30367, al haberse producido el despido durante "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"; así mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 30709, que dispone "Queda prohibido que la entidad empleadora despidan o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad"



Siendo ello así, en la Audiencia de Conciliación se fijó las siguientes pretensiones:

PRECISIÓN DE LAS PRETENSIONES MATERIA DE JUICIO:

1. Se declare la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado según decreto legislativo 728, por desnaturalización de los contratos de locación de servicios e ineficacia de los contratos Cas
 2. Se declare nulo el despido de la actora según la causal en art. 29 inciso e) según el DI 728
 3. Se ordene la reposición de la accionante a su centro de trabajo en el cargo de especialista de capacitación con los mismos derechos que tenía antes del despido, más el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, intereses legales costas y costos del proceso
- 2.4. Sin embargo, en la Audiencia de Juzgamiento (Minuto: 20:12 a 23:10) la parte demandante señaló que se tome en consideración la causa de **discriminación** prevista en el **inciso d) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR**, ante ello la Jueza de Primera Instancia precisó: "*(...) ya se fijaron las pretensiones materia de juzgamiento, lo que se demanda es (...) y la reposición por despido nulo por haberse encontrado en estado de embarazo (inciso e) y por derecho de defensa (...) cuando subsano la demanda al bajar de sala, ud. precisó que es lo que demandaba, ya paso la audiencia de conciliación sobre los extremos que la parte demandada ha contestado la demanda, yo ya no puedo ahorita modificar algo sobre la cual no se ha corrido traslado a la demanda, estaríamos afectando su derecho de defensa, nos vamos a ceñir las pretensiones materia de juzgamiento (...) el petitorio es despido nulo por literal e) del artículo 29 así lo ha precisado en su subsanación de demanda (...) Ud. subsano su demanda y sobre esa subsanación mas su demanda se le ha corrido traslado a la demandado y sobre eso ha podido ejercer su defensa, ahorita Ud. en audiencia de juzgamiento está modificando y **sobre este extremo no ha sido materia de contestación de demanda, sí Dr.?** El abogado responde: **Sí, Dra.**, por lo que la Jueza señala: **se va a ceñir a las pretensiones materia de juicio, sí? prosiga; ante lo cual el abogado precisa: bueno Dra. (...)**"*
- 2.5. De este modo, se colige que la Jueza no admitió una nueva modificación de la pretensión, advirtiéndose, que no fue cuestionado por la parte accionante en esa oportunidad; sin perjuicio de ello, es menester indicar lo establecido en el artículo I de la Nueva Ley Procesal del Trabajo; que refiere: "Los Principios del Proceso Laboral se inspiran entre otros, en los principios de intermediación, **oralidad, concentración, celeridad, economía procesal** y veracidad", los mismos que se han establecido para pretender que se busque la rapidez del proceso laboral; siendo ello así, en este nuevo esquema prima lo oral sobre lo escrito; sin embargo, dicha preponderancia se encuentra relacionado con la actuación de los medios probatorios y las conductas de las partes; pero no para variar una pretensión, pues si bien en el caso en concreto se pretende la nulidad de despido empero al momento de adecuar la demanda la actora señala que la causal por la que pretende la nulidad de despido es el inciso e) del



artículo 29° del D. S. N°003-97-TR; aunado a ello, debe tenerse presente que la Audiencia de Juzgamiento se realiza en acto único y concentra las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia conforme lo señala el artículo 44 de la Ley 29497, asimismo en su artículo 45, señala que la etapa de confrontación de posiciones se inicia con una breve exposición oral de las pretensiones demandas y de los fundamentos de hecho que la sustentan, es decir, las pretensiones que se fijaron en la audiencia de conciliación de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 de la norma antes mencionada. Siendo así, a criterio de este colegiado en el caso en concreto el cambio de petitorio en la audiencia de juzgamiento, si implica un recorte al derecho de defensa de la parte demandada, por lo que no resulta procedente el mismo.

- 2.6. Por último, cabe recordar que en relación a dicha situación, se ha acordado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral Procesal Laboral realizado en la Ciudad de Trujillo los días 11 y 12 de agosto de 2017 lo siguiente:

3	La modificación de la demanda en audiencia de juzgamiento.	¿Se puede modificar la demanda en audiencia de juzgamiento?	El Pleno acordó por MAYORIA que "No se puede modificar la demanda de audiencia de juzgamiento de conformidad con el art. 428 del Código Procesal Civil de aplicación supletoria, pero excepcionalmente se pueden efectuar precisiones o aclaraciones respecto de una pretensión en tanto no altere sustancialmente".
---	--	---	--

- 2.7. En tal sentido, la Jueza en la sentencia materia de análisis no emitió pronunciamiento alguno respecto de la causal prevista en el inciso d) del artículo 29° de la norma mencionada; por cuanto dicha causal no forma parte de las pretensiones del actor; por tal razón corresponde **desestimar los agravios de la apelante y confirmarse la sentencia que declara fundado el reconocimiento de una relación laboral a tiempo indeterminado e infundada la reposición por despido nulo; así como, el pago de remuneraciones devengadas, con lo demás que contiene.**

III. DECISIÓN:

Por estos fundamentos expuestos, y de conformidad con el literal a) del artículo 4.2° de la Nueva Ley Procesal de Trabajo - Ley N° 29497, mi voto se sustenta en resolver lo siguiente:

CONFIRMAR la Sentencia N° 231-2018-16° JETL, contenido en la Resolución N° 12, de fecha 25 de setiembre de 2018, que declara FUNDADA en parte la demanda, en consecuencia:

- ✓ **Se RECONOCE la existencia de una relación laboral** de duración indeterminada desde el 22 de agosto del 2007 al 30 de junio de 2014.



- ✓ **EXONÉRESE** a la emplazada del pago de costas.
- ✓ Se **CONDENA** a la demandada al pago de costos, los mismos que serán cancelados en ejecución de sentencia.

En los seguidos por **VANESSA RIVERA CHAVEZ** contra **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS**; sobre Reconocimiento de una relación laboral y otros; y los devolvieron al Juzgado de origen.

EXP. N° 18433-2014-0-1801-JR-LA-16

EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZA SUPERIOR VASCONEZ RUIZ, ES COMO SIGUE:

Coincido con la decisión del Magistrado Ponente en el cual resuelve declarar la reposición al puesto de trabajo o uno de similar categoría en base a la constitución de una nulidad del despido, conforme a la aplicación de la causal contemplada 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.

En ese sentido, si bien es verdad que comparto la presente postura reconocida en el fallo, considero que la misma solamente se sustenta en la 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, mas no en la causal del inciso d) del artículo 29° de la propia norma, pues tal causal se sujetó a una variación de la demanda realizada por la parte accionante y cuyo efecto no se encuentra admitido por el sistema procesal laboral, al no estar contemplado en forma expresa y atentar contra el Derecho a la Defensa y el Debido Proceso reconocido en la propia Constitución Política del Perú.