

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la sentencia de segunda instancia recaída en el
Expediente N° 09830-2019-0-1801-JR-LA-08

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de
Abogada

Autor:

Marcela María Valencia Mostajo

Asesor:

Willman César Meléndez Trigoso

Lima, 2022

*A mi abuelo, que siempre estuvo,
y que siempre estará en mi corazón.*



RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar la sentencia de vista recaída en el Expediente N° 09830-2019-0-1801-JR-LA-08, mediante la cual se declaró fundada la demanda de nulidad de despido interpuesta por la señora Ana Verónica Quispe Cardeña contra la empresa Gloria S.A., ordenando su reposición en empleo al haberse configurado la causal regulada en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. En ese sentido, y al haber sido el motivo por el cual la empresa procedió con el despido la falta grave de impuntualidad reiterada regulada en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, el objetivo del informe es analizar si se configuraron los elementos necesarios para la configuración de la falta grave, así como la aplicación de la protección otorgada por el ordenamiento jurídico peruano a las madres trabajadoras en el caso concreto. Así, las principales conclusiones del presente trabajo son que no se configuró la falta grave de tardanzas reiteradas, en la medida que la sanción del despido no cumplía con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo, el empleador no pudo acreditar una causa justa de despido, por lo que se configuró el despido nulo regulado en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Palabras clave

Despido, faltas graves, trabajadora gestante.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the hearing sentence issued in File No. 09830-2019-0-1801-JR-LA-08, through which the claim for annulment of dismissal filed by Mrs. Ana Verónica Quispe Cardeña against the company Gloria S.A., ordering its reinstatement in employment as the cause regulated in subsection e) of article 29 of Supreme Decree No. 003-97-TR has been configured. In this sense, and since the reason for which the company proceeded with the dismissal was the serious lack of repeated lateness regulated in subparagraph h) of article 25 of Supreme Decree No. 003-97-TR, the objective of the report is to analyze if the necessary elements were configured for the configuration of the serious offense, as well as the application of the protection granted by the Peruvian legal system to working mothers in the specific case. Thus, the main conclusions of this work are that the

serious fault of repeated tardiness was not configured, to the extent that the dismissal sanction did not comply with the principles of reasonableness and proportionality. Likewise, the employer could not prove a just cause for dismissal, for which the null dismissal regulated in subsection e) of article 29 of Supreme Decree No. 003-97-TR was configured.



Keywords

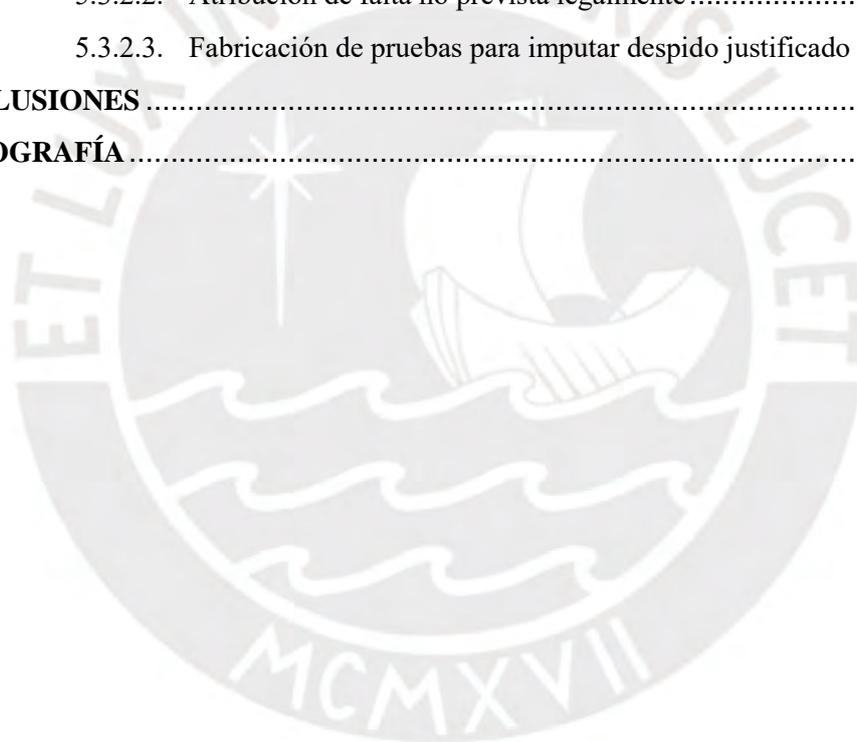
Dismissal, serious misconduct, pregnant worker



ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	7
2.	JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN	8
3.	RELATO DE HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA	9
3.1.	Argumentos de la demanda	9
3.1.1.	<i>Precisiones generales</i>	9
3.1.2.	<i>Fundamento del despido nulo</i>	10
3.1.3.	<i>Fundamentos respecto a la vulneración del principio de inmediatez</i>	10
3.1.4.	<i>Fundamento del despido fraudulento</i>	11
3.2.	Argumentos de la contestación de demanda	11
3.2.1.	<i>Fundamentos respecto al despido por tardanzas reiteradas</i>	11
3.2.2.	<i>Fundamentos por los cuales no se afectó el principio de inmediatez</i>	12
3.2.3.	<i>Fundamentos por los cuales no se configuró despido nulo</i>	12
3.2.4.	<i>Fundamentos por los cuales no se configuró el despido fraudulento</i>	12
3.3.	Sentencia de primera instancia	12
3.4.	Sentencia de segunda instancia	13
4.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	14
5.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	14
5.1.	Primer problema jurídico: determinar si se configuró la falta grave de impuntualidad reiterada	14
5.1.1.	<i>Del poder de dirección del empleador</i>	15
5.1.2.	<i>La importancia del horario de trabajo</i>	16
5.1.3.	<i>La impuntualidad reiterada como falta grave</i>	18
5.1.3.1.	Elementos requeridos para su configuración.....	18
5.1.3.2.	Verificación de los elementos en el caso concreto.....	19
5.1.4.	<i>Análisis del principio de inmediatez</i>	21
5.1.4.1.	Criterio del Tribunal Constitucional (Expediente N° 00453-2007-PA).....	21
5.1.4.2.	Aplicación al caso concreto.....	22
5.1.5.	<i>Análisis de razonabilidad</i>	24
5.1.6.	<i>Análisis de proporcionalidad</i>	27
5.1.6.1.	Idoneidad - ¿El despido sanciona las tardanzas de la trabajadora?.....	27
5.1.6.2.	Necesidad - ¿Existían otras medidas para sancionar la falta?.....	28
5.1.6.3.	Proporcionalidad en sentido estricto.....	28
5.2.	Segundo problema jurídico: determinar si se configuró un despido nulo por embarazo	29

5.2.1.	<i>Principio protector</i>	29
5.2.2.	<i>Marco normativo protección madre trabajadora</i>	30
5.2.3.	<i>El despido nulo por condición de gestante</i>	33
	5.2.3.1. La presunción del despido nulo por embarazo.....	34
	5.2.3.2. La carga de la prueba	35
	5.2.3.3. La prueba indiciaria.....	37
5.2.4.	<i>Análisis del caso concreto</i>	38
5.3.	Tercer problema jurídico: determinar si el despido califica como fraudulento	43
5.3.1.	<i>Tratamiento jurisprudencial</i>	43
5.3.2.	<i>Análisis del caso concreto</i>	46
	5.3.2.1. Imputación de hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios.....	46
	5.3.2.2. Atribución de falta no prevista legalmente.....	47
	5.3.2.3. Fabricación de pruebas para imputar despido justificado	47
6.	CONCLUSIONES	49
7.	BIBLIOGRAFÍA	50



1. Introducción

En el ámbito del derecho de trabajo, las mujeres gestantes han tenido un accidentado camino para poder gozar a plenitud de sus derechos laborales. Es por ello que se ha previsto una serie de disposiciones normativas dedicadas a la protección de la madre trabajadora.

En la legislación nacional, ello se ve reflejado, principalmente, en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, que dispone la especial protección al niño, adolescente, madre y anciano en abandono, y el artículo 23° del mismo cuerpo normativo, que señala protección especial de la madre en el ámbito laboral. Así, se consagra el principio protector en el derecho de trabajo, que supone una protección preferente que se justifica a partir de las peculiares características de estas categorías de trabajadores, y que busca equiparar sus condiciones particulares con las demás (Boza, 2002: 180).

Es necesario tener presente que la protección consagrada en el ordenamiento peruano no es absoluta, en la medida que el empleador, en virtud del poder de dirección regulado en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, cuenta con la facultad de sancionar a sus trabajadores en caso incurran en una falta disciplinaria, siempre que se cumpla con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello incluye también la posibilidad de sancionar a la trabajadora gestante. En efecto, el encontrarse en estado de gestación no implica una inmunidad a las sanciones que pueda imponer el empleador, sino que este deberá tener una especial consideración y cuidado en el caso concreto.

Para los casos de despido de la madre trabajadora, el legislador ha previsto en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR que será nulo el despido que tenga por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, salvo que el empleador acredite la existencia de causa justa para despedir, tales como las relacionadas a la capacidad o conducta de la trabajadora. Así, la protección de la madre trabajadora en el término de la relación laboral radica en la obligación del empleador de acreditar, fehacientemente, la configuración de una causa justa que amerite el despido, caso contrario, este será considerado como nulo y tendrá como consecuencia la reposición de la trabajadora en el puesto de trabajo que venía ocupando o uno de similar categoría.

Pues bien, en el presente informe se revisará la sentencia de vista recaída en el Expediente N° 09830-2019-0-1801-JR-LA-08. En el referido proceso, Ana Verónica Quispe Cardeña (en adelante, “la señora Quispe”) laboraba para la empresa Gloria S.A. el 15 de abril de 2013, bajo un contrato a plazo indeterminado, desempeñándose como Analista de Tesorería II, cumpliendo un horario de trabajo diario de 8 a.m. a 6 p.m.

El día 3 de abril de 2019 la señora Quispe comunicó a Gloria S.A. su estado de gestación de tres (3) meses. Sin embargo, el día 5 de abril de 2019, le cursan la carta de preaviso de despido por la comisión la falta grave de tardanzas reiteradas, regulada en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por tal motivo, interpuso demanda contra su empleador solicitando como pretensión principal la reposición en el empleo por la configuración del despido nulo y como pretensión subordinada la reposición en el empleo por la configuración del despido fraudulento.

En tal sentido la problemática radica en determinar si es que se configuró el despido nulo inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR o si es que el empleador, a lo largo del proceso judicial, logró acreditar que la señora Quispe sí incurrió en la falta grave de tardanzas reiteradas. Asimismo, se analizará si es que concurrieron los elementos necesarios para que se configure el despido fraudulento solicitado como pretensión subordinada.

Para tal efecto, el presente informe se distribuirá de la siguiente manera: en primer lugar, se hará un recuento de los hechos del caso, principalmente, los argumentos de las partes demandante, demandada y el sustento de cada decisión judicial del proceso. En segundo lugar, se identificarán los problemas jurídicos, para que, seguidamente, se analice cada uno de ellos. Finalmente, se enunciarán las conclusiones arribadas luego de analizado la sentencia de vista recaída en el Expediente N° 09830-2019-0-1801-JR-LA-08.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

A efectos de desarrollar el presente informe, se han examinado diversos pronunciamientos judiciales, así como lo desarrollado en la doctrina nacional sobre la materia, en la medida que, para determinar la configuración del despido nulo o fraudulento, se ha analizado el despido por impuntualidad reiterada, tema que no cuenta con un desarrollo extenso a nivel jurisprudencial ni doctrinario.

En efecto, en el presente informe se podrá observar que el despido por impuntualidad reiterada no opera de la misma forma en todos los casos, menos en todos los centros de trabajo, toda vez que, además de cumplir con los requisitos establecidos en la norma, es necesario que la falta sea tan grave que haga insostenible la relación laboral. Por tal motivo, resulta una ardua labor poder identificar cuándo la impuntualidad reiterada afecta la subsistencia del vínculo laboral.

Además, ello ha tenido que ser analizado bajo la especial protección con la que cuenta la madre trabajadora, en la medida que el despido fue efectuado dos (2) días después de haber comunicado su estado de gestación.

3. RELATO DE HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA

A continuación, se identificarán los principales hechos sobre los que versa la controversia, compuestos por los argumentos de la demanda, argumentos de la contestación de demanda, así como los fundamentos de la sentencia de primera y segunda instancia.

3.1. Argumentos de la demanda

3.1.1. Precisiones generales

La señora Quispe cumplía con un horario de trabajo de 8 a.m. a 6 p.m.; sin embargo, la empresa le había facilitado la entrada a trabajar una hora después del horario habitual, toda vez que su menor hijo se encontraba delicado de salud (luxación de cadera bilateral, trastorno de marcha y equilibrio y trastorno de desarrollo y lenguaje), y tenía que llevarlo a terapias diarias en las mañanas.

El día 3 de abril de 2019 la señora Quispe comunicó a Gloria S.A. su estado de gestación de tres (3) meses. Sin embargo, el día 5 de abril de 2019, le cursan la carta de preaviso de despido por la comisión la falta grave de tardanzas reiteradas, regulada en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Por tal motivo, el 13 de mayo de 2019, interpuso una demanda ante el Vigésimo Primer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, contra la empresa Gloria S.A., solicitando lo siguiente:

- Pretensión principal: reposición por despido nulo, así como el pago de remuneraciones devengadas.
- Pretensión subordinada: reposición por despido fraudulento, así como el pago de remuneraciones devengadas.
- Pretensión accesoria: pago de costas y costos del proceso

3.1.2. Fundamento del despido nulo

A efectos de acreditar que la empresa había incurrido en un despido nulo, la señora Quispe indicó que la empresa no había tomado en consideración lo establecido en su carta de descargos, de fecha 11 de abril de 2019, que indicaba que la empresa le había facilitado la entrada a trabajar una hora después del horario habitual.

Aunado ello, la señora Quispe había comunicado su estado de gestación el 3 de abril de 2019, y se le cursó la carta de preaviso de despido el 5 de abril de 2019, esto es dos (2) días después de la comunicación del estado de gestación. Por tal motivo se configuró la causal de nulidad de despido contemplada en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

3.1.3. Fundamentos respecto a la vulneración del principio de inmediatez

La señora Quispe indicó que la empresa no actuó bajo el principio de inmediatez toda vez que tomó como antecedentes las sanciones disciplinarias y amonestaciones ocurridas en el año 2018, mientras que la carta de preaviso de despido y la carta de despido se sustentan en las tardanzas de los meses de febrero y marzo de 2019, meses en los cuales no fue sancionada por dichas tardanzas.

En ese sentido, si ya tenía antecedentes de tardanzas e inclusive habría excedido de las mismas, lo correcto era desvincularla cuando estas se cometieron. Sin embargo, la carta de preaviso de despido fue comunicada dos (2) días después de la comunicación del embarazo.

3.1.4. *Fundamento del despido fraudulento*

En relación con la pretensión subordinada, la señora Quispe alega que existió un ánimo perverso por parte de la empresa para fabricar un despido por causa justa por tardanzas cuando, en realidad, esta tenía como finalidad ocultar la verdadera motivación: despedirla por su estado de gestación.

3.2. **Argumentos de la contestación de demanda**

3.2.1. *Fundamentos respecto al despido por tardanzas reiteradas*

Gloria S.A. indicó que la señora Quispe fue despedida por la comisión de faltas graves debidamente acreditadas, prevista en el literal h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, toda vez que se cumplió con lo siguiente: (i) las faltas de la demandante eran reiteradas; y (ii) se aplicaron sanciones disciplinarias previas.

Pues bien, el 24 de mayo de 2018 fue sancionada con una amonestación escrita al haber incurrido en nueve (9) tardanzas durante el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2018 al 30 de abril de 2018. De igual manera, el 15 de junio de 2018, por segunda vez, fue sancionada con una amonestación escrita, al haber incurrido en doce (12) tardanzas durante el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2018 al 31 de mayo de 2018.

A pesar de ello, y al haber persistido las tardanzas, la empresa procedió a suspender a la señora Quispe por (1) día por haber asistido pasada la hora de entrada de manera reiterada durante el mes de junio de 2018. Asimismo, en el mes de julio 2018, se procedió a sancionarla nuevamente con una suspensión sin goce de haber por un día, al haber incurrido en ocho (8) tardanzas.

Finalmente, en el mes de febrero y marzo de 2019, la señora Quispe incurrió en nueve (9) tardanzas cada mes. Así, la empresa indicó que se configuró la falta grave prevista en el literal h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

3.2.2. Fundamentos por los cuales no se afectó el principio de inmediatez

La empresa indicó que no se vulneró el principio de inmediatez debido a que las sanciones disciplinarias que fueron consideradas como antecedentes en la carta de imputación de falta grave están temporalmente próximas al período que generó el inicio del procedimiento disciplinario de despido.

3.2.3. Fundamentos por los cuales no se configuró despido nulo

La empresa indicó que no se configuró el despido nulo en la medida que las coordinaciones para determinar si correspondía proceder con el procedimiento de desvinculación iniciaron el 4 de marzo de 2019, y se determinó concretizar el 2 de abril de 2019. Sin embargo, la señora Quispe estuvo de vacaciones desde el 25 de marzo de 2019 al 2 de abril de 2019, por lo que recién se le cursó la carta de preaviso el 5 de abril de 2019.

En ese sentido, en virtud de que la decisión de proceder con el procedimiento disciplinario se inició el 2 de abril de 2019, esto es, antes de la comunicación del estado de gestación, no se habría configurado el despido nulo regulado en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

3.2.4. Fundamentos por los cuales no se configuró el despido fraudulento

En relación con la pretensión de despido fraudulento, la empresa indicó que los hechos imputados ocurrieron efectivamente, no siendo, pues, falsos ni imaginarios; y la falta atribuida a la señora Quispe se encuentra expresamente prevista en la ley. Además, no corresponde el pago de remuneraciones devengadas en un supuesto de despido fraudulento. Este solo procede en despido nulo.

3.3. Sentencia de primera instancia

El Vigésimo Primer Juzgado de Lima declaró fundada la demanda, ordenando la reposición de la señora Quispe, así como el pago de remuneraciones devengadas debido que el despido efectuado por la empresa calificaría como nulo, en virtud de lo establecido en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Para fundamentar su decisión, el Juzgado indicó que, si bien la empresa inició un procedimiento despido antes que la señora Quispe comunique su estado de gestación, la actora comunicó su estado de gestación el 3 de abril de 2019, esto es, dos (2) días antes de que se efectúe el despido. Ello debió ser considerado por la empresa antes de concretizar el despido.

Además, señaló que las sanciones disciplinarias que recibió en el 2018 no deberían ser consideradas como un comportamiento sistemático de la demandante, en la medida que transcurrieron poco más de seis (6) meses sin que la señora Quispe haya vuelto a incurrir en las tardanzas reiteradas.

3.4. Sentencia de segunda instancia

La Cuarta Sala Laboral de Lima confirmó la sentencia de primera instancia, ordenando la reposición de la señora Quispe, así como el pago de remuneraciones devengadas por haberse configurado regulado en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Para fundamentar su decisión, la Sala cuestionó que el despido haya ocurrido en abril de 2019, tomando en cuenta que la señora Quispe acumulaba tardanzas generadas hasta julio de 2018. En otras palabras, consideró que no se trató de una sanción oportuna debido a que se sustentaba en antecedentes de los meses de abril a julio de 2018.

Así, indicó que, si efectivamente la empresa consideraba que las sanciones impuestas a la demandante en los meses de abril a julio del 2018 como conducta reiterativa, se debió aplicar la sanción cuando la demandante incurrió en las tardanzas de febrero y marzo del 2019. De igual manera, y bajo la premisa de que las sanciones del año 2018 (hasta julio) no eran cercanas a las del año 2019 (febrero y marzo), sostiene que el tratamiento disciplinario no debió ser el despido.

Finalmente, indicó que la empresa no ha logrado demostrar que haya existido un motivo razonable distinto al hecho aducido por la señora Quispe de que el despido fue debido a su estado de gestación. Por tal motivo, se aplica la presunción regulada en el literal e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con los hechos relevantes del caso, corresponde analizar los siguientes problemas jurídicos:

- **Primer problema jurídico principal:**
Determinar si se configuró la falta grave de impuntualidad reiterada.

- **Segundo problema jurídico principal:**
Determinar si se configuró un despido nulo por embarazo.

- **Tercer problema jurídico principal:**
Determinar si el despido califica como fraudulento.

5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A continuación, se procederá a analizar los problemas jurídicos identificados en el acápite precedente.

5.1. Primer problema jurídico: determinar si se configuró la falta grave de impuntualidad reiterada

Como pretensión principal, la señora Quispe solicita se declare la nulidad del despido ocurrido el 5 de abril de 2019, toda vez el motivo de este habría sido por su condición de gestante, mas no por la comisión de faltas graves debidamente acreditadas.

En ese sentido, a efectos de determinar la configuración del despido nulo alegado por la señora Quispe, corresponde analizar, en primer lugar, si incurrió o no en la falta grave de tardanzas reiteradas regulada en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR imputada por la empresa.

5.1.1. Del poder de dirección del empleador

El artículo 59° de la Constitución Política del Perú reconoce del derecho a la libertad de empresa quien, como titular de la actividad, ostentará de diversas facultades, tales como organización, reglamentación, fiscalización y sanción, facultades que integran el poder de dirección del empleador (Moreno, 2009: 260).

Así, el mencionado derecho se encuentra estrechamente vinculado con el poder de dirección del empleador reconocido en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, toda vez que se establece la facultad del empleador para “normar reglamentariamente labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones”.

Dicho poder de dirección se sustenta en la ajenidad que detenta la relación de trabajo, vale decir, en la capacidad de empleador de dirigir la fuerza laboral, en virtud de que los servicios prestados los desarrolla una persona distinta al empleador (Toyama, 2009: 121)

Teniendo en cuenta ello, el poder de dirección que ostenta el empleador se adquiere desde la suscripción del contrato de trabajo, en el cual se plasman ciertas atribuciones y también se somete a ciertos límites (Neves, 2018: 35). Así, desde el inicio de la relación laboral, el empleador tiene la facultad de organizar la prestación del servicio de tal manera de que se adecue a sus intereses. Para tal efecto, podrá impartir ordenes, fiscalizar las labores realizadas por cada trabajador y, de corresponder, sancionar en caso incurran en alguna falta laboral.

Respecto al poder disciplinario del empleador, debe tenerse presente que es aquella facultad del empleador de imponer sanciones, ya sean amonestaciones verbales, escritas, suspensiones o despido. A diferencia de las amonestaciones y suspensiones, el despido únicamente podrá ocurrir cuando concurra una causa justa contemplada en la ley y esta se encuentre debidamente comprobada (artículo 22° Decreto Supremo N° 003-97-TR).

El legislador ha previsto que deberá configurarse una causa justa de despido para proceder con el mismo debido a que la relación de trabajo tiene una vocación de permanencia, en virtud de la cual, mientras persista la actividad que ejecuta el empleador, también subsistirá la necesidad de contar con personal que preste dicho servicio (Ferro, 2019: 137). Además, debe tomarse en

consideración que el trabajo es la principal fuente de ingresos del trabajador, motivo por el cual se prevén garantías para que, solo mediante causa justa, pueda extinguirse la relación laboral.

Esta limitación a la aplicación del despido como sanción disciplinaria no pretende eliminar la facultad sancionadora del empleador, sino solamente evitar que se produzca su ejercicio injustificado (Bayllos, 2009: 120). Así, lo que se buscará con dicha limitación es permitir que los trabajadores puedan ejercer sus derechos sin que existan posibles represalias por parte del empleador que se materialicen en el despido.

Teniendo en cuenta ello, se puede concluir que este poder de dirección, específicamente, el poder disciplinario del empleador, se producen como consecuencia de la subordinación del trabajador, así como de la ajenidad de la prestación del servicio. Del poder de dirección, se desprende la facultad de sancionar al trabajador por la comisión de faltas laborales, las cuales, se encontrarse previstas en la ley, podrán ameritar el despido.

5.1.2. La importancia del horario de trabajo

La jornada ordinaria de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25° de la Constitución Política del Perú y el artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2002-TR, es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, el empleador tiene la facultad de establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal, así como establecer y modificar los horarios de trabajo, siempre que se cumplan los máximos legales indicados en el párrafo precedente (Mejía, 2012: 318). Ello se encuentra en concordancia con el poder de dirección establecido en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

En el sector privado, se ha establecido mediante Decreto Supremo N° 004-2006-TR, la obligación del empleador llevar un registro de asistencia, cuyo principal contenido es fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada de trabajo. El objetivo de dicha obligación es fiscalizar el control de las horas efectivamente laboradas por el trabajador a efectos de respetar la jornada ordinaria de la empresa, así como verificar si se realizó o no trabajo en sobretiempo y este sea reconocido y debidamente pagado (García, 2015: 56). Así, una vez establecido la

jornada y horario de trabajo, el trabajador deberá cumplir a cabalidad, así como registrar debidamente la hora de entrada y salida del centro de trabajo.

En relación con el horario de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la Casación Laboral N° 14239-2015-Lima, este será aquel periodo de tiempo en el cual el trabajador pone su fuerza de trabajo a favor del empleador, sometiéndose a las disposiciones que este pueda emitir sobre la forma en la que se desarrollará la prestación de servicios. Teniendo en cuenta ello, el horario de trabajo comprenderá el establecimiento de la hora de entrada, periodo de refrigerio y hora de salida.

De lo establecido previamente, se advierte que el cumplimiento del horario de trabajo forma parte del contenido del contrato de trabajo, más aún, si se establece como facultad del empleador fijar los horarios y proceder con su respectiva modificación en caso ello amerite. Además, el solo hecho de encontrarse subordinado al empleador, el trabajador está en la obligación de cumplir de buena fe las órdenes y procedimientos establecidos para la prestación del servicio. Así, al encontrarse en una relación laboral, la cual cuenta derechos y obligaciones, constituirá una obligación inherente al contrato de trabajo, el cumplimiento de la jornada y horario de trabajo, siempre que se trate de un trabajador sujeto a fiscalización.

Cabe recalcar que existe la posibilidad de que el empleador otorgue un periodo de tolerancia, en virtud del cual, siempre que la hora de entrada se encuentre dentro del mismo, esta no podrá ser considerada como una tardanza injustificada que sea sancionable. Sin embargo, no existe una obligación legal que determine que los empleadores deben tener un tiempo de tolerancia, por lo que será facultad de cada uno.

En ese sentido, si un trabajador incurre en tardanzas reiteradas, que han sido sancionadas de manera previa, puede configurarse la falta grave regulada en el inciso h) del Decreto Supremo N° 003-97-TR, trayendo como consecuencia el despido del trabajador, siempre que se haya cumplido con el debido procedimiento y se hayan respetado los principios de razonabilidad, proporcionalidad e inmediatez.

5.1.3. *La impuntualidad reiterada como falta grave*

Como se advirtió en el acápite precedente, el ordenamiento jurídico peruano ha establecido que se podrá sancionar con el despido las tardanzas reiteradas siempre que se cumplan los requisitos previstos legal y jurisprudencialmente.

Pues bien, el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece lo siguiente:

Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, **que haga irrazonable la subsistencia de la relación**. Son faltas graves:

(...)

h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, **la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.**

En virtud del citado artículo y los criterios jurisprudenciales, a continuación, se procederá a identificar los elementos requeridos para la configuración de la falta grave de impuntualidad reiterada.

5.1.3.1. Elementos requeridos para su configuración

Conforme se desprende del artículo citado, para que se configure la falta grave de impuntualidad reiterada, esta deberá: (i) haber sido acusada por el empleador; (ii) contar con antecedentes, vale decir, que se la impuntualidad haya sido sancionada previamente, ya sea con amonestaciones escritas y suspensiones.

En concordancia con lo anterior, la Casación Laboral N° 13768-2016-Lambayeque precisó que, para la configuración de la falta grave por tardanzas reiteradas, deben concurrir los siguientes

elementos: (i) que sea reiterada; (ii) que la impuntualidad haya sido acusada por el empleador; y, (iii) que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas.

Sin embargo, además de la concurrencia de los elementos indicados, para que el despido sea válido, será necesario que la infracción contravenga los deberes esenciales que se le impone en el contrato de trabajo (Blancas, 2013: 152). Así, pues, la falta debe significar una lesión irreversible al vínculo laboral, que haga insostenible que esta subsista, ello conforme a lo establecido en el encabezado del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que señala que la falta grave es aquella que hace irrazonable la subsistencia de la relación laboral.

Ello es importante en la medida que, dependiendo del tipo de labor que se realice en el centro de trabajo, la tardanza, lo que máximo que hace es retrasar la producción, mas no eliminarla. Por tal motivo, es necesario analizar elementos externos a la mera tardanza, tales como la negligencia del trabajador, la afectación a la producción del área de trabajo, y si existió o no un quebrantamiento de la buena fe laboral.

Por tal motivo, debe tomarse en consideración la gravedad de la tardanza y las consecuencias que esta trae en el normal funcionamiento de la empresa para determinar si corresponde o no la aplicación de la sanción más grave en nuestro ordenamiento.

5.1.3.2. Verificación de los elementos en el caso concreto

La empresa sostuvo como principal argumento que se configuró la falta grave prevista en el literal h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, toda vez que se cumplió con lo siguiente: (i) las faltas eran reiteradas; y (ii) se aplicaron sanciones disciplinarias previas, tanto amonestaciones escritas como suspensiones.

Pues bien, a continuación, se procederá a analizar si se configuraron los elementos necesarios para que se configure una falta por tardanzas reiteradas:

- (i) Que sea reiterada

De los hechos del presente caso, se advierte que las tardanzas por las cuales se impuso la medida disciplinaria fueron las ocurridas en los meses de febrero y marzo de 2019. Así, durante dicho periodo, la señora Quispe incurrió en nueve (9) tardanzas en cada mes.

De lo relatado se advierte que, efectivamente, las tardanzas que cometió la señora Quispe fueron reiteradas. En ese sentido, se habría cumplido el primer elemento necesario para la configuración de la falta grave.

(ii) Que la impuntualidad haya sido acusada por el empleador

Mediante la carta de preaviso de despido, la empresa acusó a la señora Quispe de haber incurrido en la falta grave prevista en el literal h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Así, pues, precisó que las tardanzas consideradas para la imposición de la medida disciplinaria se cometieron en los meses de febrero y marzo de 2019.

Por tal motivo, se cumple con el segundo elemento para la configuración de la falta grave.

(iii) Que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas

Finalmente, de los hechos del caso se desprende que la empresa sancionó hasta en cuatro (4) oportunidades.

En primer lugar, por haber incurrido en nueve (9) tardanzas en el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2018 al 30 de abril de 2018, se sancionó a la señora Quispe con una amonestación escrita. En segundo lugar, por haberse acumulado en doce (12) tardanzas durante el periodo comprendido entre el 1 al 31 de mayo de 2018, se impuso una segunda amonestación escrita.

En tercer lugar, en el mes de junio de 2018 incurrió en ocho (8) tardanzas, por lo que la empresa la sancionó con un (1) día de suspensión sin goce de haber. Finalmente, impuso una segunda suspensión por un (1) día por haberse computado ocho (8) tardanzas adicionales en el mes de julio de 2018.

Conforme se advierte, las tardanzas de la señora Quispe se dieron en varias oportunidades, llegando a ser sancionada en cuatro (4) oportunidades (dos (2) amonestaciones escritas y dos (2) suspensiones sin goce de haber.

5.1.4. Análisis del principio de inmediatez

La señora Quispe indicó que la empresa no actuó bajo el principio de inmediatez toda vez que tomó como antecedentes las sanciones disciplinarias y amonestaciones ocurridas en el año 2018, mientras que la carta de preaviso de despido y la carta de despido se sustentan en las tardanzas de los meses de febrero y marzo de 2019, meses en los cuales no fue sancionada por dichas tardanzas.

En la sentencia de primera instancia, el Juzgado señaló que las sanciones disciplinarias que la señora Quispe recibió en el 2018 no deberían ser consideradas como un comportamiento sistemático de la demandante, en la medida que transcurrieron poco más de seis (6) meses sin que la señora Quispe haya vuelto a incurrir en las tardanzas reiteradas.

En la sentencia de vista, la Sala indicó que, si efectivamente la empresa consideraba que las sanciones impuestas a la demandante en los meses de abril a julio del 2018 como conducta reiterativa, se debió aplicar sanción cuando la demandante incurrió en las tardanzas de febrero y marzo del 2019. De igual manera, y bajo la premisa de que las sanciones del año 2018 (hasta julio) no eran cercanas a las del año 2019 (febrero y marzo), sostiene que el tratamiento disciplinario no debió ser el despido.

5.1.4.1. Criterio del Tribunal Constitucional (Expediente N° 00453-2007-PA)

De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00453-2007-PA, el principio de inmediatez tiene dos etapas definidas. En primer lugar, el proceso de cognición, que estaría conformado por todos los hechos que ocurren después de la comisión de la falta por el trabajador. Ello incluye la toma de conocimiento de la falta; el análisis de la falta a efectos de determinar si esta se subsume en una infracción tipificada por la ley; y la comunicación a los órganos de control y dirección del empleador.

En segundo lugar, el proceso volitivo es el relativo a “la activación de los mecanismos decisorios del empleador para configurar la voluntad del despido”. Así, pues, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, “el inicio de este proceso está dado por la evolución de la gravedad de la falta, por las repercusiones que causan al nivel de productividad y a las relaciones laborales existentes en la empresa, y por el examen de los antecedentes del trabajador infractor y la conducta desarrollada en el centro de trabajo”.

Así, pues, la segunda etapa está conformada por la toma de decisión de proceder o no con el despido. El periodo que tarde la toma de la referida decisión dependerá de la complejidad que tenga la organización empresarial, toda vez que, mientras mayor sea ésta, las instancias que intervengan en la solución deberán ser más numerosas y, por el contrario, mientras más simple sea, bastará con una sola decisión.

Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional determinó que el principio de inmediatez resulta sumamente elástico, en la medida que el periodo comprendido entre ambas etapas es variado, y se dan de acuerdo con la complejidad de la falta cometida, así como el tipo de organización.

En ese sentido, el principio de inmediatez constituye un límite temporal a la facultad del empleador para sancionar al trabajador por la comisión de una falta, toda vez que el empleador perderá la potestad para sancionar al trabajador legítimamente cuando su inacción sea por un periodo de tiempo extenso, trayendo como consecuencia el olvido de los hechos imputados.

En base a lo expuesto, se puede concluir que la finalidad del principio de inmediatez es brindar seguridad jurídica al trabajador, toda vez que otorgará la posibilidad si su accionar será investigado y posteriormente sancionado o las faltas serán perdonadas por empleador.

5.1.4.2. Aplicación al caso concreto

De la revisión de los actuados del proceso se advierte que el principal argumento por el cual se habría vulnerado el principio de inmediatez es que se consideraron las sanciones disciplinarias y amonestaciones ocurridas en el año 2018 para efectuar un despido en el mes de abril de 2019, sustentado en tardanzas ocurridas en los meses de febrero y marzo del mismo año. Así, las

sanciones del año 2018 (hasta julio) no eran cercanas a las del año 2019 (febrero y marzo), por lo que el tratamiento disciplinario no debió ser el despido.

Al respecto, en relación con el argumento relativo a la poca proximidad entre las sanciones del año 2018 (hasta julio) y las del año 2019 (febrero y marzo), se debe tener presente que se confunde el límite temporal para el recuento de antecedentes a efectos de imponer sanciones más gravosas con el principio de inmediatez. Así, mientras que el principio de inmediatez implica del conocimiento de un hecho nuevo que será evaluado a efectos de determinar si este será sancionado, el primero es un límite al periodo de tiempo respecto del cual el empleador puede considerar los antecedentes de un trabajador para imponer sanciones más gravosas. En ese sentido, resulta distinto la vulneración al principio de inmediatez que el excederse la limitación temporal establecida para considerar los antecedentes disciplinarios del trabajador.

Pues bien, con relación a la vulneración del principio de inmediatez se debe advertir que el día 5 de abril de 2019 se cursó la carta de imputación de faltas graves a la señora Quispe, mediante la cual se le acusó de haber incurrido en la falta grave regulada en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Las tardanzas que fueron evaluadas para la imputación de la falta grave fueron las generadas entre febrero y marzo de 2019, las cuales fueron sancionadas el 5 de abril de 2019, mediante carta de imputación de faltas graves. Cabe recalcar que la señora Quispe estuvo de vacaciones desde el 25 de marzo de 2019 al 2 de abril de 2019.

Pues bien, es necesario tener presente que el principio de inmediatez no se encuentra determinado por un plazo específico, sino que este dependerá en cada caso concreto. En el presente caso, las faltas ocurrieron los meses de febrero y marzo de 2019, siendo sancionadas en el mes de abril de 2019, vale decir, al mes siguiente. Específicamente, el 5 de abril de 2019, días después de que la señora Quispe regresó de su descanso vacacional.

Al respecto, se advierte que existió un plazo razonable para que la empresa ejerza su facultad sancionadora, en la medida que la última tardanza del mes de marzo fue el día 22, siendo estas sancionadas catorce (14) días después. Así, dicho periodo sí fue razonable para que el empleador pueda examinar el caso concreto, verificar la comisión de la falta y decidir que sanción imputar, más aún si la señora Quispe salió ocho (8) días de vacaciones, días en los

cuales no se podía proceder con la imposición de la sanción en la medida que ello podría afectar su derecho de defensa.

Es necesario tener presente que la mención de las faltas sancionadas previamente en la carta de imputación de faltas graves no puede ser alegado como una vulneración al principio de inmediatez, toda vez que estas se están considerando como antecedentes disciplinarios, mas no se están volviendo a sancionar mediante el despido. En efecto, las faltas consideradas como antecedentes ya habían sido sanadas en su oportunidad y lo que se pretende al mencionarlas en la carta de imputación de faltas graves es analizar si se trató de una conducta reiterativa.

Dicho criterio ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 03183-2014-PA/TC, donde el extrabajador cuestionaba que no puede despedirse a un trabajador por faltas contenidas en anteriores memorándums porque se atentaría contra el principio de inmediatez. Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisó que la mención de dichas faltas se realizó con la finalidad de hacer un recuento de todas las faltas cometidas en el año anterior que justifique una sanción más gravosa que las anteriores, en este caso, el despido.

En ese sentido, no se están sancionando las faltas cometidas en el año 2018, sino que están siendo consideradas a efectos de determinar la sanción a imponer por las cometidas en febrero y marzo de 2019. Por tanto, ello no puede ser considerado como un fundamento para alegar la vulneración del principio de inmediatez.

5.1.5. Análisis de razonabilidad

El artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR señala que el empleador podrá imponer sanciones disciplinarias siempre que estas se encuentren dentro de los límites de la razonabilidad. Ello se ha establecido así en la medida que la facultad disciplinaria no puede ejercerse arbitrariamente, sino que, a efectos de proteger al trabajador de un uso irracional y abusivo, el empleador deberá cumplir con una serie de principios, tales como la razonabilidad y proporcionalidad (Toyama, 2009: 126). En el presente punto se analizará el principio de razonabilidad, mientras que en siguiente el de proporcionalidad.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 00535-2009-PA/TC ha indicado que la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y

está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho, actuando como un mecanismo de control de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales.

Así, la razonabilidad implica la búsqueda de la solución justa de cada caso en concreto, siendo la concepción de la justicia emparentada con el sentido común y con lo generalmente aceptado, toda vez que, en definitiva, establecer cuándo una determinada medida es adecuada a las circunstancias que la originan y a sus fines, es una evaluación de su aceptabilidad o de su correspondencia con un sentido elemental o mínimo de justicia (Pla, 1978: 284).

Pues bien, de los hechos del caso se advierte que la señora Quispe incurrió en nueve (9) tardanzas en los meses de febrero y marzo de 2019. Para tal efecto, se tomaron como antecedentes las sanciones impuestas el 24 de mayo, 15 de junio, 6 de julio y 27 de julio de 2018.

Como se advierte, la última sanción considerada como antecedente fue el 27 de julio de 2018, ello para proceder con el despido el 5 de abril de 2019, esto es, ocho (8) meses después de la última sanción. Además, se advierte que luego de las tardanzas incurridas hasta el 27 de julio de 2018, la señora Quispe no incurrió otra sino hasta el mes de febrero de 2019, vale decir, transcurrió poco más de seis (6) meses en los cuales no incurrió en tardanza alguna.

Al respecto, cabe preguntarse, ¿resulta válido tomar como antecedentes sanciones impuestas de mayo a julio de 2018 para despedir en abril de 2019? ¿Es razonable proceder con el despido cuando durante más de seis (6) la señora Quispe no incurrió en tardanza alguna?

En relación con la primera pregunta, es necesario advertir no existe norma alguna que indique cual es el periodo de tiempo que deberá ser materia de evaluación a efectos de determinar si una falta puede ser considerada como una reiterativa o como antecedente y, como consecuencia, imponer una sanción más gravosa. Dicha limitación temporal podrá ser establecida por cada empleador, siempre respetando los límites de razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, no se desprende del proceso que la empresa haya establecido una limitación temporal para la consideración faltas como antecedentes. En efecto, en ningún momento la empresa presentó como argumento de defensa que su política de consideración de faltas sea de

un periodo determinado, dejando abierta la posibilidad de que se establezca un periodo arbitrario dependiendo de la falta que se pretende imputar.

Pues bien, en el supuesto de que la limitación temporal sea de un (1) año, es necesario tener presente que sí resulta razonable. Así, en el presente caso se advierte que el primer antecedente considerado fue la amonestación escrita impuesta el 24 de mayo de 2018, esto es, once (11) meses antes de que se curse la carta de despido, mientras que el último antecedente fue la suspensión imputada en el mes de julio de 2018, esto es, (6) meses antes de que se incurra en la siguiente tardanza.

Si bien el recuento de antecedentes ha sido en el periodo de un año, resulta cuestionable que aun así se haya procedido con el despido cuando existió un periodo de seis (6) meses en el cual la señora Quispe no incurrió en tardanzas. En efecto, dicho periodo evidenció un cambio en la conducta de la señora Quispe, lo que va acorde con la finalidad de la facultad disciplinaria del empleador, en la medida que no solo es punitiva, sino que busca una modificación de la conducta del trabajador a efectos de que cumpla con las obligaciones de trabajo (Pilotto, 2009: 464).

Cabe recalcar que la señora Quispe había comunicado previamente a su empleador que todas las mañanas tenía que llevar a su menor hijo a terapias, motivo por el cual hubo hasta un acuerdo para que pueda llegar pasada de su hora de entrada. En ese sentido, no es que la impuntualidad reiterada haya sido adrede con la intención de perjudicar al empleador, sino que existía un motivo externo que no permite que pueda llegar a la hora indicada, motivo que había sido comunicado al empleador.

En línea con lo anterior, es necesario tener presente lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 535-2009/PATC, donde señala que la sanción que pueda imponer el empleador, no debe ser una mera aplicación de la norma, sino que deberá analizarse cada caso en concreto, tomando en cuenta los antecedentes y motivos por los cuales cometió la falta.

Así, pues, no resulta razonable que la empresa haya procedido con el despido toda vez que la señora Quispe demostró un cambio en la conducta al no haber incurrido en tardanzas por un periodo de tiempo de un poco más de seis (6) meses. Cabe recalcar que la señora Quispe no

llegaba tarde con la intención de causar un perjuicio al empleador o por irresponsabilidad suya. En realidad, era porque tenía que llevar a su hijo menor a terapias todas las mañanas.

Además, de las tardanzas que fueron consideradas para el despido, algunas de ellas eran por tiempos realmente cortos, en la medida que eran menores a los diez (10) minutos. Así, el análisis correcto de la razonabilidad implicaba tomar en consideración el periodo en el cual evidenció un cambio en la conducta y no proceder de manera abrupta con el despido cuando la última sanción impuesta había sido de hace más de seis (6) meses.

5.1.6. Análisis de proporcionalidad

Ahora bien, a efectos de determinar si el despido de la señora Quispe fue una sanción proporcional a la falta cometida, se procederá a aplicar el test de ponderación

5.1.6.1. Idoneidad - ¿El despido sanciona las tardanzas de la trabajadora?

En el presente subprincipio se analizará si el despido de la señora Quispe persigue un fin legítimo y si la medida efectuada podrá lograr dicho fin.

Pues bien, en el presente caso el ejercer la facultad disciplinaria sí se trata de un fin legítimo, en la medida que es una manifestación del poder de dirección del empleador el sancionar las tardanzas incurridas por la señora Quispe en los meses de febrero y marzo de 2019.

Ahora bien, el despido es una de las sanciones recogidas en el ordenamiento jurídico peruano que puede realizarse siempre que se compruebe la existencia de una causa justa establecida en la ley. Sin embargo, y conforme se advirtió en el acápite precedente, existió un periodo excesivo sin que se incurra en tardanzas reiteradas, evidenciando el cambio de conducta de la señora Quispe.

En tal sentido, no puede decirse que la medida es idónea, ya que la misma es excesiva para sancionar tardanzas que ocurrieron en los meses de febrero y marzo de 2019, más aún, cuando su antecedente más próximo de seis (6) meses anteriores.

5.1.6.2. Necesidad - ¿Existían otras medidas para sancionar la falta?

El presente subprincipio permitirá determinar si existen otras alternativas moderadas o igualmente idóneas susceptibles de alcanzar el objetivo perseguido con igual eficacia.

Pues bien, al haber determinado que las tardanzas de febrero y marzo se trataron de faltas que no contaban con antecedentes próximos, el empleador pudo haber aplicado una medida menos gravosa, tal como la amonestación escrita o suspensión, en caso lo considerase pertinente. Sin embargo, se optó por el despido, a pesar del cambio de conducta de la señora Quispe y su estado de gestación.

En tal virtud, una medida más idónea para lograr el fin legítimo pudo haber sido una amonestación, en la medida que la señora Quispe había demostrado un cambio de conducta y había comunicado su estado de gestación.

5.1.6.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Mediante el presente subprincipio, se pretende legitimar el grado de realización del objetivo de intervención, el cual debe ser proporcional o equivalente al grado de afectación del derecho en cuestión.

En el presente caso, se puede advertir que el grado de afectación es moderado, toda vez que no solo se está afectando el derecho al trabajo de la señora Quispe, sino también una serie de garantías constitucionales relativas a la protección de la madre trabajadora y del concebido.

Así, pues, al ponderar el grado de afectación del derecho al trabajo de la señora Quispe con la afectación al poder disciplinario del empleador, se advierte que la afectación al primer derecho es excesiva y vulnera, además, principios consagrados en la Constitución Política del Perú, tal como el principio protector, se será analizado seguidamente.

En tal virtud, puede colegirse que el despido de la señora Quispe no fue una sanción proporcional a la falta cometida, no evidenciándose los elementos necesarios para proceder con una sanción tan severa como lo es el despido.

5.2. Segundo problema jurídico: determinar si se configuró un despido nulo por embarazo

Una vez analizada la configuración de la falta grave de impuntualidad reiterada, corresponde determinar si se configuró o no el despido nulo por condición de gestante.

En ese sentido, el presente capítulo se dividirá de la siguiente manera: en primer lugar, se analizará el principio protector establecido en el ordenamiento jurídico para, seguidamente, identificar la normativa relativa protección de la madre trabajadora.

Finalmente, ya centrado el tema en la protección de la madre trabajadora, se verificarán los elementos requeridos para la configuración del despido nulo regulado en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR y su aplicación al caso concreto.

5.2.1. Principio protector

La Constitución Política del Perú ha dispuesto en el artículo 4° que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. Específicamente, para el ámbito del derecho de trabajo, el artículo 23° del mismo cuerpo normativo ha establecido 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”.

Como se desprende de ambos artículos, se ha dispuesto que se otorgará una especial protección a cierta categoría de trabajadores que se encuentra en una situación vulnerable. Así, se consagra el principio protector, el cual, en el ámbito del derecho de trabajo, es considerado como esencial toda vez que se origina en la desigualdad inherente a la relación de trabajo, que determina que haya una parte fuerte (el empleador), y otra parte débil (el trabajador, cargada de deberes (Pasco, 2009: 6).

Es necesario tener presente que el principio protector, si bien está destinado a equiparar la situación de desigualdad entre el empleador y trabajador, para el caso de la madre trabajadora, no solo busca garantizar sus derechos por ser la parte más débil de la relación laboral, sino que cuenta con un plus de protección. Ello en debido a todos los cambios biológicos por lo que

pasa una mujer cuando va a ase madre. En ese sentido, la protección de la madre trabajadora se extiende a todos los momentos biológicos que implica la maternidad, tales como la gestación, parto y lactancia (Meza, 2007: 79).

Es por ello que, como parte de esta protección especial otorgada a la madre trabajadora, se han adoptado ciertas disposiciones en materia laboral que buscan garantizar que se cumplan sus derechos plenamente, los cuales serán revisados en el siguiente apartado.

5.2.2. *Marco normativo protección madre trabajadora*

Antes de precisar las normas de protección a la madre trabajadora, es necesario tener presente que los tratados internacionales de derechos humanos detentan rango constitucional, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes acumulados N° 0025-2005-TR-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC (Villavicencio, 2011).

Así, en los considerandos 25 a 33 de la sentencia indicada previamente, el Tribunal Constitucional estableció que el artículo 3° de la Constitución Política del Perú acoge un sistema de *números apertus* de derechos constitucionales, toda vez que el último párrafo del referido artículo establece lo siguiente:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Como se advierte, la misma Constitución reconoce la existencia de otros derechos de naturaleza análoga que provengan de una fuente distinta, siempre que forme parte del ordenamiento jurídico. Así, resulta evidente que las fuentes de derecho a las que se refiere el artículo 3° de la Constitución incluye a los tratados internacionales de derechos humanos (Villavicencio, 2011).

Es necesario tener presente que el artículo 57° de la Constitución establece que “cuando el tratado afecte disposiciones internacionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución (...)”. Así, para la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de los tratados internacionales, se tiene que seguir el procedimiento de reforma

constitucional. Teniendo en cuenta ello, se puede concluir que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional.

Pues bien, dentro de los instrumentos internacionales que contienen disposiciones de protección de la mujer en el ámbito laboral, encontramos las siguientes:

Instrumento normativo	Contenido
Declaración Universal de Derechos Humanos	En el artículo 25° establece que la maternidad e infancia tienen derecho a cuidados especiales.
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	El artículo 4° dispone la protección especial de la mujer durante el embarazo. Por su parte, el artículo 11° prohíbe el despido que tenga por motivo el embarazo, licencia de maternidad y aquellos que se sustente en el estado civil de la trabajadora.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	En el artículo 10° establece que los Estados parte deberán conceder especial protección a las madres antes, durante y después del periodo de gestación. Asimismo, establece que se deberá otorgar a las madres trabajadoras una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
Decisión 584	Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece la obligación de adoptar medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en estado de gestación a riesgos derivados de la prestación de servicios.
Convenio N° 183 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)	El artículo 8° establece que se deberán adoptar las medidas necesarias en el trabajo para garantizar la salud de la trabajadora en estado de gestación y del feto, el otorgamiento de una licencia de maternidad de por lo menos 14 (catorce) semanas, el otorgamiento de prestaciones pecuniarias como consecuencia de la licencia de maternidad, y la prohibición del despido de una trabajadora en estado de gestación o durante la licencia de maternidad.

Conforme se aprecia de la normativa internacional, además de buscar la protección de la trabajadora gestante mientras se encuentre laborando, esta apunta a declarar, de manera casi automática, la ilegitimidad de toda extinción unilateral del empleador que se produzca durante el período de gestación (Arce, 1999: 183).

Por otro lado, a nivel nacional, las disposiciones relativas a la protección de la madre trabajadora son dispersas, vale decir, no existe una norma específica sobre el tema que recopile una serie de artículos vinculados al tema (Boza, 2011). Sin perjuicio de ello, se presentará la normativa más relevante sobre la materia:

Instrumento normativo	Contenido
Artículo 23° de la Constitución	Establece que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.
Ley N° 28048, Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto	Establece que las trabajadoras gestantes “solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación”. Como consecuencia de ello, el empleador deberá asignar labores que no pongan en peligro a la trabajadora ni al feto, sin afectar los derechos laborales de la trabajadora gestante.
Ley N° 26644, Precisan el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la trabajadora gestante	Establece que “la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal” extendiéndose treinta (30) días en caso de nacimiento múltiple.
Ley N° 27240, Ley que otorga permiso por lactancia materna	Dispone que “la madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad”. En dicho caso, la trabajadora y el empleador acordarán el horario para ejercer el derecho indicado.

<p>Inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR</p>	<p>Establece que será nulo el despido que tenga por motivo “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 (...)”.</p>
--	---

Así, pues, conforme se aprecia en las normas citadas, ha existido un avance normativo en la elaboración y emisión de normas que tengan como objetivo la protección de la mujer gestante en el empleo.

Pues bien, a partir de ello, en el siguiente acápite se procederá a analizar el tema relativo al despido nulo por condición de gestante, a efectos de determinar si en la sentencia materia del presente informe se configuró o no un despido nulo por la referida causal.

5.2.3. *El despido nulo por condición de gestante*

Como se advirtió en el acápite precedente, el ordenamiento jurídico peruano ha establecido que será nulo el despido que tenga por motivo el por embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia. Así, el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece los siguiente:

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo
(...)

e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4.

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

El citado artículo, y en concordancia con lo establecido por Arce, tiene por finalidad impedir que los empleadores ejerzan algún tipo de discriminación contra las mujeres antes, durante y después del embarazo, prohibiendo el trato desfavorable y evitando que sufran las consecuencias de carácter material o moral que la pérdida de su empleo podría suponer (1999: 182). En efecto, la protección establecida en la nulidad de despido resulta ser una de las normas nacionales que están destinadas a la búsqueda de la igualdad, y evitar cualquier tipo de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral.

Este artículo va acorde con lo establecido en el artículo 23° de la Constitución, que hace mención expresa a la protección de la madre trabajadora, protección que no está limitada a la condición biológica de la mujer, sino también se extiende al ámbito laboral, lo que condiciona toda facultad del empleador relativa a la organización del centro de trabajo y de la imposición de las medidas disciplinarias.

Teniendo en cuenta ello, a efectos de realizar el presente análisis, es necesario tener presente que el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR trae consigo ciertos elementos a ser considerados al momento de buscar acreditar su configuración en un proceso judicial, los cuales serán desarrollados a continuación.

5.2.3.1. La presunción del despido nulo por embarazo

Una característica determinante de la nulidad de despido regulada en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, es que establece una presunción iuris tantum. Así, pues, señala que si el despido en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al nacimiento, se presume que este tendrá por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia.

Conforme se advierte, la norma ha establecido un refuerzo adicional a la protección contra el despido nulo que tenga por motivo el embarazo, debido a que en los otros casos de despido

nulo no opera una presunción legal como la del inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (Blancas, 2006: 310).

Resulta sencillo entender la naturaleza del despido nulo, en la medida que el motivo de su regulación es la protección de los derechos constitucionales, más aún en el presente caso, donde se busca la protección del derecho al trabajo de la mujer gestante. Ello es así, en la medida que es distinto despedir a un trabajador por su conducta o capacidad (artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR), o ser despedido por el simple hecho de ser mujer o encontrarse en estado de gestación, motivos que reflejan, además, una discriminación por sexo.

Así, pues, a diferencia de los demás supuestos de nulidad de despido, en el caso de despido nulo regulado en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, operará una presunción del motivo del despido, el cual únicamente podrá ser desacreditado por el empleador, siempre que aporte las pruebas pertinentes al caso.

5.2.3.2. La carga de la prueba

Por regla general, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 37° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, el despido y el respectivo motivo alegado no se presumen, sino que, quien los acusa, tiene la obligación de probarlos.

Ello va en la misma línea con lo establecido en el artículo 23.4 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, el cual dispone que será el trabajador deberá acreditar la nulidad alegada, y empleador quien deberá acreditar la causa del despido:

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o extrabajador, tiene la carga de la prueba de:

(...)

b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.

(...)

23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de:

(...)

c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido.

De lo establecido en el artículo citado se advierte que no solo deberá el empleador acreditar el motivo justo del despido, sino que también es labor del trabajador acreditar el motivo de la nulidad invocado. Sin embargo, dicha prescripción únicamente inserta en un esquema distributivo de la carga de la prueba que divide, inspirado en principios de la lógica y de la igualdad de partes procesales, la responsabilidad de aportar elementos al esclarecimiento probatorio del proceso (Arce, 1999: 263).

En realidad, lo que hace el artículo 23.4 de la Ley N° 29497 es adecuar la literalidad de artículo 23.1 del mismo cuerpo normativo, relativo a que “la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”; con la diferencia de que estable qué sujeto procesal asumirá el riesgo en caso los elementos obrantes en el proceso no generen convicción en el juzgador (Arce, 1999: 263).

Sin embargo, es posible que existan situaciones en las que la sola aplicación de la regla general genere una indefensión a alguna de las partes, debido a que puede ocurrir que, en el caso concreto, quien tenga la carga de acreditar no se encuentra en mejores condiciones para realizar. En dichos casos, y en virtud del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se debe inaplicar al caso concreto esta regla general imponiendo la carga de la prueba a quien tenga la mejor posición de acreditar ese hecho, utilizando el instituto de las cargas probatorias dinámicas (Priori y Pérez-Prieto, 2012: 343).

Tal es el caso del despido nulo por condición de gestante, en donde, se advierte una inversión de la carga de la prueba, la cual va de la mano con la presunción indicada en el acápite precedente. Así, si bien es regla general que el trabajador sea quien deba acreditar la configuración del despido nulo, en el caso de la nulidad de despido regulada en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR el empleador, además de comprobar que el despido se debió a faltas debidamente acreditadas, deberá acreditar que la imputación de dichas faltas fue completamente ajeno al estado de gestación de la trabajadora.

Así, pues, el caso de despido nulo por condición de gestante presenta una excepción a lo establecido en el artículo 37° del Decreto Supremo N° 003-97-TR y a lo establecido en la Ley N° 29497, siendo que no será quien alega la nulidad de despido quien deba probar los motivos de este, sino que se presumirá que fue por el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la

lactancia, siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa días posteriores al nacimiento.

Por tal motivo, nos encontramos ante una inversión de la carga de la prueba en los casos de despido nulo regulado en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, toda vez que se obliga al empleador a corroborar, no solo que el despido obedeció a una causa justa, sino que este no estuvo relacionado con el estado de gestación.

Por su parte, la trabajadora mantendrá la obligación de acreditar la nulidad de despido, en la medida que deberá corroborar se encontraba en estado de gestación en el momento de la aplicación de la medida disciplinaria para que se presuma que el despido fue nulo. Sin embargo, resulta importante que también presente pruebas adicionales al proceso, tales como la comunicación del estado de gestación, la proximidad con el despido, entre otros.

5.2.3.3. La prueba indiciaria

El artículo 23.5 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, dispone que, en aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el Juez deberá tenerlos por ciertos, con la excepción de que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Como se aprecia, se podrá aplicar la prueba indiciaria siempre que concurran una serie de evidencias que, analizadas de manera conjunta, permitan al Juez concluir la existencia de lo alegado por las partes.

Así, pues, la prueba indiciaria resulta ser básicamente un razonamiento a través del cual el Juez de la causa analiza los elementos aportados a juicio y realiza un examen de estos, aplicando también las máximas de la experiencia y todos aquellos aspectos que sean presentados por las partes. En efecto, no es más que un instrumento procesal del Juez para acercarse al terreno de la convicción, la cual podrá gozar de un grado de mayor o menor intensidad dependiendo de la idoneidad de los mismos (Arce, 1999: 269).

Finalmente, un aspecto a tener en consideración es que, cuando se trate de la tutela de derechos fundamentales del trabajador, en tanto la prueba indiciaria tiende a completar la actividad analítica de un Juez, termina siendo un esquema idóneo para identificar aquellas situaciones en las que exista una vulneración a las garantías constitucionales.

5.2.4. *Análisis del caso concreto*

La sentencia de primera y segunda instancia coincidieron en determinar que se configuró un despido nulo, debido a que la empresa le imputó la comisión de la falta grave por tardanzas reiteradas dos (2) días después de la comunicación del estado de gestación. Así, para imputar dicha falta, se tomó como antecedentes las sanciones disciplinarias y amonestaciones ocurridas en el año 2018, mientras que la carta de preaviso de despido y la carta de despido se encuentran sustentadas en las tardanzas de los meses de febrero y marzo de 2019, faltas que no habrían sido sancionadas por el empleador.

Asimismo, cuestionaron que el despido haya ocurrido el 5 de abril de abril de 2019, cuando la señora Quispe acumulaba tardanzas generadas hasta julio de 2018, vale decir, existió un periodo prolongado como para que estas puedan ser consideradas como un comportamiento sistemático.

Antes de proceder a analizar el despido nulo, es necesario tener presente que una de las finalidades del ordenamiento jurídico peruano es que la mujer desarrolle plenamente sus potencialidades como persona, en igualdad de condiciones que el hombre y con absoluto respeto a sus derechos fundamentales, lo que implica también la posibilidad de ser madre (Landa, 2014: 225). Dicha protección es necesaria en la medida que la mujer constituye un grupo vulnerable dentro de la sociedad, el cual se ve más marcado en el ámbito laboral.

En efecto, es bastante común que se considere que las mujeres tendrán un diferente rendimiento laboral por el solo hecho de ser mujer y de que ello conlleve la adjudicación de roles adicionales al trabajo. Así, suele afirmarse que las mujeres, además de velar por sí mismas, son responsables de su entorno familiar, teniendo más cargas y deberes, los cuales pueden impactar negativamente en el desempeño laboral. Es por tal motivo, que existe esta especial protección a la mujer en las relaciones de trabajo.

Pues bien, de los hechos del caso se advierte que la señora Quispe comunicó su estado de gestación el 3 de abril de 2019 y, dos (2) días después, la empresa le cursó la carta de preaviso de despido, mediante la cual le imputaron la comisión de la falta grave de tardanzas reiteradas, regulada en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Al respecto, se debe tener presente que la presunción de despido nulo por embarazo establecida en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece que, si el despido ocurre en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al nacimiento, se asumirá que este tendrá por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia.

Sin perjuicio de ello, además de que el despido ocurra en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al nacimiento, se requiere de una relación de causalidad entre el despido y la condición de trabajadora gestante, vale decir, resulta necesaria una motivación lesiva del despido fundada en el embarazo (Arce, 1999: 183). Para tal efecto, se deberá apreciar la motivación viciada del empleador, atendiendo a las circunstancias en que ocurrió el despido, en la medida que ello ayudará a determinar si se configuró un despido nulo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, a efectos de determinar si el despido de la señora Quispe califica como nulo, corresponde analizar lo siguiente: (i) el cumplimiento de los presupuestos para la aplicación de la presunción; y (ii) si el empleador logró acreditar que el despido se debió a faltas graves debidamente acreditadas y que la imputación de estas no tuvo relación con la comunicación del estado de gestación.

Con relación al primer punto, se advierte que el despido ocurrió durante el periodo de gestación, toda vez que, a la fecha de la notificación de carta de preaviso, la señora Quispe, además de encontrarse en estado de gestación, había comunicado a su empleador dicho estado. En efecto, fue el 3 de abril de 2019 que la señora Quispe cursó la comunicación del estado de gestación a su empleador, mientras que la carta de imputación de faltas graves se cursó el 5 de abril de 2019.

De lo expuesto se advierte que, en un primer momento, operaría la presunción de despido nulo por embarazo establecida en el inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR,

no solo por haberse cursado la carta de despido encontrándose en estado de gestación, sino debido a que existe una proximidad casi inmediata desde la fecha de comunicación del estado de gestación y la entrega de la carta de preaviso. Tal es así, que solo pasaron dos (2) desde la comunicación del estado de gestación hasta la imputación de faltas graves.

Con relación al segundo punto, debe tenerse presente que la empresa indicó que inició las coordinaciones para determinar si correspondía proceder con el procedimiento de desvinculación el 4 de marzo de 2019, una vez que tomaron conocimiento de las tardanzas incurridas en los meses de febrero y marzo del mismo año, y se acordó proceder con la medida disciplinaria el 2 de abril de 2019. En ese sentido, la decisión de proceder con el despido de la trabajadora habría sido antes de la comunicación del estado de gestación, por lo que no podría configurarse como nulo.

Además, indicó que el motivo del despido se debió a la comisión de la falta grave regulada en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Ello debido a que se habría cumplido con acreditar que las tardanzas incurridas por la señora Quispe eran reiteradas y que ya se habían efectuado amonestaciones previas por la misma falta.

Al respecto, resulta necesario recalcar que todo empleador tiene el deber de respetar y fomentar el trato igualitario en el ambiente de trabajo, teniendo especial consideración con las trabajadoras que se encuentren en estado de gestación. Tal es así, que existen una serie de dispositivos normativos (citados previamente) que obligan a las empresas a adoptar ciertas medidas para que el embarazo y la lactancia se desarrollen a plenitud, sin que se afecten los derechos del concebido y de la trabajadora.

Dicha obligación del empleador también se encuentra dentro del ámbito de la facultad sancionadora, específicamente en la aplicación de la sanción más grave del ordenamiento peruano, en la medida que no será posible que despidan a una trabajadora en estado de gestación a menos que exista una falta grave que justifique el despido.

En concordancia con lo anterior, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 00677-2016-PA/TC, indicó que los empleadores deben de tener una especial consideración sobre la situación en la que se encuentra la trabajadora en estado de gestación,

siendo que debe tomar todas las medidas necesarias para resguardar el derecho al trabajo y evitar una afectación a los derechos fundamentales, tanto de la trabajadora como del concebido.

Pues bien, en el primer problema jurídico analizado se advirtió que no existe una limitación temporal para descartar sanciones previas, toda vez que no existe norma alguna que indique cual es el periodo de tiempo que deberá ser materia de evaluación a efectos de determinar si una falta puede ser considerada como una reiterativa y, en consecuencia, imponer una sanción más gravosa. Sin embargo, este debe ser un plazo razonable y proporcional.

En el presente caso, no existía en la empresa una limitación temporal para la consideración faltas como antecedentes. En efecto, en ningún momento la empresa presentó como argumento de defensa que su política de consideración de faltas sea de un periodo determinado, dejando abierta la posibilidad de que se establezca un periodo arbitrario dependiendo de la falta que se pretende imputar, hecho que sucedió en el caso concreto.

Así, se advierte que el primer antecedente considerado fue la amonestación escrita impuesta el 24 de mayo de 2018, esto es, once (11) meses antes de que se curse la carta de despido, mientras que el último antecedente fue la suspensión imputada el 27 de julio de 2018, esto es, (6) meses antes de que se curse la carta de despido.

A partir de ello, resulta cuestionable que haya existido un periodo de seis (6) meses en el cual la señora Quispe no incurrió en tardanza alguna y aun así el empleador haya procedido con el despido. En efecto, si existieron más de seis (6) meses en los cuales la señora Quispe no incurrió en tardanza alguna, no puede afirmarse de que se trató de una conducta sistemática, al contrario, ello únicamente evidencia que hubo un cambio en la conducta.

En realidad, era responsabilidad de la empresa el proteger a la trabajadora gestante, evitando, en todo momento, el aplicar una sanción que afectará no solo económica, sino moralmente. Por tal motivo, y en virtud de lo ocurrido en el caso concreto, la empresa, una vez con el conocimiento del estado de gestación, pudo tener una especial consideración de la situación particular de la trabajadora, en virtud del principio protector del derecho de trabajo y, en vez de aplicar una sanción que afectará trascendentalmente su vida y la del concebido, llegar a un acuerdo y/o aplicar una sanción menos drástica.

En base a lo señalado, las circunstancias particulares del caso llevaban a concluir que se configuró el despido nulo, en la medida que este se realizó durante el estado de gestación de la señora Quispe, el cual fue debidamente comunicado a su empleador. Además, la empresa no realizó ninguna acción adicional para proceder con la protección de la trabajadora, a pesar de encontrarse en la obligación de tomar las medidas necesarias para resguardar el derecho al trabajo.

Finalmente, el utilizar la imputación de la falta grave de tardanzas reiteradas para justificar el despido, justo dos (2) días después de la comunicación del embarazo, resulta altamente cuestionable, en la medida que podría buscar ocultar que el verdadero motivo del despido fue el estado de gestación. Cabe precisar que se está sancionando con el despido las tardanzas incurridas en febrero y marzo de 2019 y se utiliza como antecedentes las sancionadas en julio de 2018. Así, el periodo de tiempo entre el despido y el último antecedente es relativamente extenso, lo que pone en tela de juicio el verdadero motivo del despido de la señora Quispe.

Además, como se indicó en el primer problema analizado, la sanción de despido no resultaba razonable ni proporcional, en la medida que, para que una falta grave pueda traer como consecuencia el despido, tiene que hacer irrazonable la subsistencia de la relación laboral, hecho que no ha sido demostrado por la empleadora de la señora Quispe. En efecto, si bien la impuntualidad reiterada está indicada como falta grave, es necesario que ésta cause un perjuicio al empleador de tal manera que haga que la relación laboral sea insostenible. Sin embargo, en el presente caso ya existía un periodo en el cual la señora Quispe demostró un cambio en la conducta, la cual no era una falta adrede, sino que se debía a que tenía que llevar a terapia a su menor hijo, información que era conocida por el empleador.

En ese sentido, en virtud que no existió una afectación que haga insostenible la relación laboral que amerite la aplicación de la sanción más gravosa a una trabajadora gestante, se puede concluir que se configuró el despido nulo establecido en el inciso e) del artículo 29° Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Con lo expuesto no se pretende afirmar que las trabajadoras gestantes no pueden ser despedidas cuando se configure una causa justa establecida en la ley, sino que las circunstancias especiales de cada caso en concreto deberán ser particularmente analizadas, a efectos de determinar si la imputación de una supuesta falta pretende ocultar un posible despido nulo. Ello en virtud del

especial deber de protección que se otorga a las madres trabajadora y a las garantías constitucionales que deben seguirse en dichos casos.

Así, pues, es insostenible defender la posición que la madre trabajadora no puede ser despedida nunca, en virtud de que ello sí es posible en caso se acredite que existe causa justa (Landa, 2014: 234). En efecto, el encontrarse en estado de gestación no puede significar una protección absoluta a la madre trabajadora frente al despido por causa justa, en la medida que este procederá si es que se encuentra debidamente probado por el empleador.

En ese sentido, será tarea del empleador el rebatir todos aquellos elementos que lleven a presumir la existencia del despido nulo, en la medida que todas las pruebas aportadas por la demandante apuntan a la configuración del despido nulo. Así, pues, el empleador deberá acreditar que existió un motivo ajeno al estado de gestación que lo llevó a proceder con despido de la trabajadora, motivo que deberá encontrarse fehacientemente acreditado.

5.3. Tercer problema jurídico: determinar si el despido califica como fraudulento

Como pretensión subordinada, la señora Quispe solicitaba la reposición en el empleo al haberse configurado un despido fraudulento. Para fundamentar ello, indicó que existió un ánimo perverso por parte de la empresa para fabricar un despido por causa justa por tardanzas cuando, en realidad, esta tenía como finalidad ocultar la verdadera motivación: despedirla por su estado de gestación.

A continuación, a efectos de determinar si se configuraría o no la pretensión subordinada de la demanda, se procederá analizar el despido fraudulento y los elementos necesario para que este se produzca. Una vez realizado ello, se identificarán los mismos en el caso concreto.

5.3.1. Tratamiento jurisprudencial

El artículo 22° de la Constitución Política del Perú ha establecido que el trabajo es un derecho y un deber, desprendiéndose del referido artículo que todo trabajador tiene derecho a conservar su empleo a menos de que se acredite una causa de despido. Ello en virtud de la importancia del empleo para el bienestar de una persona (Ferro, 2012: 478).

Tal es así, que el artículo 27° del mismo cuerpo normativo estableció que el trabajador tendrá una adecuada protección contra el despido arbitrario, otorgándose la libertad al legislador de determinar cuál sería la protección referida (Ferro, 2019: 141). Así, la referida protección se estableció por vía legislativa en el artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual indica que el trabajador tendrá derecho a una indemnización en caso el despido haya sido arbitrario o injustificado.

Únicamente para el caso de los despidos calificados como nulos, vale decir, aquellos que tengan como motivo las situaciones reguladas en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, tendrá como reparación la reposición en el empleo y el pago de las respectivas remuneraciones devengadas.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional estableció una nueva tipología de despidos, incorporando los siguientes despidos: fraudulento e incausado.

Así, la sentencia recaída en el Expediente N° 0976-2001-AA, caso Eusebio Llanos Huasco, se estableció que un despido calificaría como fraudulento cuando:

Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, (...) no se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (...) o mediante la "fabricación de pruebas.

Dicho criterio que fue ratificado con carácter de precedente vinculante en la STC N° 206-2005-PA/TC, caso Cesar Baylón Flores.

Con base a los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional, a efectos de determinar cuándo nos encontramos ante un despido fraudulento, se deberá verificar la existencia de los siguientes supuesto: (i) se despida al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño;

(ii) los hechos imputados son notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; (iii) la falta imputada no está prevista en la ley.

Sin embargo, afirmar que en la calificación de un despido como fraudulento se deberá analizar la concurrencia de los elementos indicados en el párrafo precedente implicaría omitir que la invalidez del despido fraudulento proviene del hecho de que el empleador utiliza, formalmente, las disposiciones de la ley para justificar un despido que carece de justificación real (Blancas, 2003: 186).

Así, pues, de acuerdo con lo establecido por Blancas, nos encontraremos ante un supuesto de despido fraudulento cuando:

- a) Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios,
- b) Se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad,
- c) Se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad; o mediante la fabricación de pruebas.

De lo descrito se advierte que no será suficiente acreditar que los hechos no fueron falsos ni imaginarios, así como que se la falta se encontraba tipificada en la ley; sino que deberá verificarse que la falta imputada no se haya efectuado mediante la fabricación de pruebas que aparenten la supuesta existencia de un motivo justificado de despido.

En efecto, el elemento que caracteriza y distingue al despido fraudulento de los demás regulados en el ordenamiento peruano, es que el empleador utiliza las disposiciones legales con el objeto de justificar desde el punto de vista puramente formal un despido que en realidad carece de toda justificación, dando lugar con tal proceder a un supuesto claro de fraude de ley (Sanguinetti, 2007).

En ese sentido, en el siguiente acápite se verificará si es que el despido de la señora Quispe califica como uno fraudulento.

5.3.2. *Análisis del caso concreto*

La señora Quispe señaló que existió un ánimo perverso por parte de la empresa al fabricar un despido por causa justa por tardanzas reiteradas, cuando el verdadero motivo del despido había sido su estado de gestación. Ello en virtud de que la carta de preaviso de despido le fue enviada dos (2) días después de la comunicación del embarazo. Así, se pretende justificar la legalidad de un despido por causa justa con la finalidad de ocultar la verdadera motivación que es el estado de gestación.

Pues bien, a efectos de determinar si el despido de la señora Quispe califica o no como uno fraudulento, se debe analizar los siguientes puntos: si la empresa imputó hechos inexistentes, falsos o imaginarios, si la falta imputada se encuentra prevista en la ley, y si existió una fabricación de pruebas que aparenten la existencia de un despido justificado.

5.3.2.1. Imputación de hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios

En la carta de imputación de faltas graves de fecha 5 de abril de 2019, la empresa indicó que se había configurado la falta grave prevista en el literal h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en la medida que se cumplieron los requisitos establecidos en la norma, esto es, que sean reiteradas y que se hayan imputado sanciones previas.

En el presente caso, la empresa señaló que la señora Quispe habría incurrido en tardanzas reiteradas en los meses de febrero y marzo de 2019, computándose hasta nueve (9) tardanzas cada mes. Además, ya había recibido sanciones previas, siendo que recibió dos (2) amonestaciones escritas el 24 de mayo y 15 de junio de 2018, y dos (2) suspensiones sin goce de haber los días 6 y 27 de julio de 2018.

Al respecto, y conforme se desprende a los dispuesto por la señora Quispe en la demanda, existe un reconocimiento de los hechos expuestos, ello en virtud que no han sido desacreditados ni cuestionados en el proceso disciplinario de despido ni en el proceso judicial. Es más, tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia reconocen que la señora Quispe incurrió en tardanzas los meses de febrero y marzo de 2019 y que fue amonestada previamente por haber incurrido en tardanzas reiteradas.

En ese sentido, los hechos detallados por los cuales fue despedida la señora Quispe sí ocurrieron, por lo que el presente supuesto para la configuración para el despido fraudulento no se manifiesta.

5.3.2.2. Atribución de falta no prevista legalmente

Al respecto, el literal h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece la impuntualidad reiterada como falta grave equiparable al despido, la cual fue imputada expresamente en el procedimiento de despido que se siguió en contra de la señora Quispe.

De ese modo, la falta grave imputada a la señora Quispe se encuentra prevista en la normativa laboral. Así, se advierte una correcta aplicación de la sanción establecida por ley frente a los hechos ocurridos en el presente caso.

5.3.2.3. Fabricación de pruebas para imputar despido justificado

Un elemento adicional para considerar a efectos de determinar la configuración de un despido fraudulento es el ánimo perverso del empleador en fabricar pruebas necesarias para aparentar un despido justificado cuando, en realidad, oculta un motivo prohibido.

En este caso, es necesario tener presente que, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, la afectación al derecho de trabajo en el despido fraudulento radica en que no existe causa justa que amerite el despido, así como tampoco hechos que constituyan una causa justa conforme a ley.

En esa misma línea, es necesario remitirnos a lo establecido por Blancas, quien indicó que la exigencia de que sea el trabajador quien pruebe la existencia de fraude en el despido resulta excesiva, en tanto no se trata de una distribución racional ni equilibrada de la carga de la prueba, al atribuir toda la carga al trabajador (2013: 146). En ese sentido, lo que se deberá tomar en cuenta para este tipo casos son los indicios que puedan obtenerse de las pruebas presentadas por las partes, siguiendo, además, los criterios de facilitación de la carga de la prueba que se establecen para el despido nulo.

Pues bien, para realizar el presente análisis, se tomará como base el recuento de las conclusiones arribadas a lo largo del presente informe, así como la temporalidad de los hechos ocurridos. Así, se determinó que no se habría configurado la falta grave de impuntualidad reiterada regulada en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en la medida que la sanción impuesta no habría cumplido con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En efecto, el despido de la señora Quispe no resultaba proporcional ni razonable en la medida que, si bien contaba con sanciones previas y había incurrido en tardanzas reiteradas en los meses de febrero y marzo de 2019, la última sanción que se le impuso fue el 27 de julio de 2018, siendo que trascurrieron más de seis (6) meses sin que incurra en una nueva tardanza. Así, y en virtud de que la imposición de sanciones también tiene como finalidad un cambio en la conducta del trabajador, las acciones de la señora Quispe denotaban su disposición en el cumplimiento de las obligaciones de trabajo.

Además, es necesario tener presente que la señora Quispe se encontraba en estado de gestación cuando le cursaron la carta de despido. En efecto, el 3 de abril de 2019 la señora Quispe cumplió con comunicar su estado de gestación; sin embargo, la carta de imputación de faltas graves fue entregada el 5 del mismo mes, esto es, dos (2) días luego de la comunicación del estado de gestación.

Así, en virtud del principio protector, era responsabilidad del empleador realizar todas medidas necesarias para garantizar el derecho al trabajo de la señora Quispe, otorgándole esta especial tutela, hecho que no ocurrió en el presente caso en la medida que procedió con el despido, imputando la comisión de faltas graves cuando no era una falta proporcional ni razonable.

Con lo desarrollado hasta el momento, se advierte que la empresa trató de forzar la figura de falta grave de tardanzas reiteradas a efectos de proceder con el despido de la señora Quispe. En efecto, a pesar de que esta no se configuró en los hechos, el empleador recopiló todos los elementos posibles para poder aparentar la supuesta configuración de la falta grave.

Ciertamente nos encontramos ante una manipulación de pruebas que tiene la finalidad de aparentar un despido justificado cuando, en realidad, no han concurrido los elementos

suficientes para que la configuración de la falta grave de impuntualidad reiterada, cumpliéndose así el último elemento para determinar la configuración del despido fraudulento.

En ese sentido, la pretensión subordinada de la demanda también se hubiera configurado en la medida que las acciones de la empresa buscaban aparentar un despido por la comisión de la falta grave de impuntualidad reiterada, sin que esta falta se haya configurado en la realidad.

6. CONCLUSIONES

Al igual que la conclusión arribada en el segundo problema jurídico, la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima concluyó que se había configurado un despido nulo, toda vez que la señora Quispe fue despedida dos (2) días después de haber comunicado su estado de gestación. Además, advirtió que la empresa no volvió a sancionar a la señora Quispe desde el 27 de julio de 2018, siendo que las tardanzas que habrían sido el motivo del despido ocurrieron en febrero y marzo de 2019, esto es, casi seis (6) meses después.

Al respecto, y como bien ha sido señalado a lo largo del presente informe, el ordenamiento jurídico peruano ha previsto una serie de normas que otorgar una tutela superior a la madre trabajadora, de tal manera que cualquier afectación a su derecho al trabajo que no se encuentre dentro de los límites de proporcionalidad y razonabilidad, será sancionada. Ello no significa que mas madres trabajadoras quedarán exentas de cualquier sanción, sino que se tendrá que acreditar que la misma se encontró debidamente fundamentada y que no tuvo relación alguna con el estado de gestación, licencia o lactancia.

En el presente caso, a pesar de tener pleno conocimiento del estado de gestación de la señora Quispe, el empleador procedió con el despido imputando la falta grave de impuntualidad reiterada regulada en el literal h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Únicamente alegando que se habrían cumplido con los elementos previstos en la norma para que esta falta se configure.

Sin embargo, necesario tener presente que, conforme a lo dispuesto por el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, si bien el empleador podrá imponer sanciones, estas deben encontrarse dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad. En esa misma línea, para que una falta grave amerite el despido, esta debe ser de tal gravedad que haga insostenible

la relación laboral, conforme lo establece el encabezado del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Así, pues, al momento de imputarse la falta, el empleador no advirtió que la sanción que se pretendía imponer no era proporcional ni razonable, en virtud de los motivos que justificaron la tardanza y del tiempo transcurrido desde última sanción (27 de julio de 2018) y las tardanzas que habrían ameritado el despido (febrero y marzo de 2019), era un periodo extenso, que no significó más que un cambio en la conducta de la señora Quispe.

Es importante finalizar el presente informe señalando la importancia que tiene el papel del empleador en la protección de la madre trabajadora y la promoción de un trato igualitario en el centro de trabajo. Son las acciones de los empleadores las que afectan no solo laboralmente, sino también emocionalmente las vidas de las madres trabajadoras cuando se toma una decisión tan fuerte como la de proceder con el despido de una trabajadora en estado de gestación.

7. BIBLIOGRAFÍA

ARCE, Elmer. (1999). *“La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales”*. En: Fondo Editorial PUCP. Primera Edición.

BAYLOS, Antonio y Joaquín PEREZ. (2009). *“El despido o la violencia del poder privado”*. Editorial Trotta, S.A.; 2nd edición.

BOZA, Guillermo. (2002). *“Los sujetos laborales especialmente protegidos en la constitución de 1993”*. En Taller de Derecho. Lima.

BOZA, Guillermo. (2011). *“Lecciones del derecho de trabajo”*. En Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

BLANCAS, Carlos. (2003). *“La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional”*. Derecho & Sociedad (21)

BLANCAS, Carlos. (2013). *“El despido en el derecho laboral peruano”*. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

BLANCAS, Carlos. (2007). *“Derechos fundamentales de la persona y la relación de trabajo”*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

FERRO, Víctor. (2012). *“La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. En: Revista Derecho PUCP N° 68.

FERRO, Víctor. (2019). *“Derecho Individual del trabajo en el Perú”*. En: Fondo Editorial PUCP, colección Lo Esencial del Derecho N° 41.

GARCÍA, Álvaro. *“Jornada de trabajo, horario de trabajo y sobretiempo”*. Lima: Gaceta Jurídica.

GONZALEZ, Luis. (2017). *“La facultad disciplinaria del empleador y la proporcionalidad. Situaciones especiales ante conductas del trabajador”*. En: Soluciones Laborales. Lima, año 10, N° 120.

LANDA, Cesar (2014). *“El derecho de trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y madre trabajadora”*. En Themis N° 65.

MEJÍA, Renato (2012). *“La regulación del tiempo de trabajo”*. En: Ius Et Veritas N° 45.

MEZA, Mosi. (2017). *“La protección constitucional de la madre en el ámbito laboral”*. En: Mujer y Constitución. Revista peruana de Derecho Constitucional. Lima. Centro de estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

NEVES, Javier. (2015). *“El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en material laboral”*. En: Themis Revista de Derecho N° 67.

PASCO, Mario. (1985). *“La falta grave laboral”*. Derecho PUCP. Lima, número 39.

PASCO, Mario. (2009). *"Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo"*. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Lima: Grijley. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo

PLA, Américo. (1978). *"Los principios de derecho del trabajo"*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma.

PIORI, Giovanni y Roberto PÉREZ-PRÍETO (2012). *"La carga de la prueba en el proceso laboral"*. En: Ius Et Veritas N° 45.

SANGUINETTI, Raymond (2007). *"Relaciones de Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"* En: Gaceta Jurídica

QUISPE, María. (2015). *"El Principio de inmediatez en el procedimiento de despido. A propósito del pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 01112-2012-PA/TC"*. En: Actualidad Empresarial, N° 336.

TOYAMA, Jorge. (2009). *"El despido disciplinario en el Perú"*. En: Ius Et Veritas N° 38.

VILLAVICENCIO, Alfredo (2011). *"Los tratados de derechos humanos y sus interpretaciones como normas de rango constitucional"*. Ponencia en: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: estudios en homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera.