

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe jurídico sobre la Casación Laboral N° 14758-2017
Lambayeque

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autor:

Alicia Eliana Zavala Uzuliaga

Asesor(es):

Flor de Maria Lizzeth Ynga Morales

Lima, 2022

A Alicia Antonia, mi madre, por darme desde el cielo la fuerza necesaria para luchar contra todos los obstáculos, por demostrarme que la vida es una y lo más importante de ella es el amor de la familia.

A Sebastián Julio, mi padre, por cada batalla que luchamos juntos, por cada gesto de motivación y palabra de aliento y por demostrarme que por más que la vida nos golpee, debemos reír y estar como la familia.

Gracias por todo.



Mi eterno agradecimiento a la profesora Flor Ynga por cada uno de sus consejos y por el tiempo invertido en ayudarme.

RESUMEN

Mediante la Casación Laboral N° 14758-2017 Lambayeque, la Corte Suprema emitió un importante pronunciamiento sobre la trabajadora gestante pues señaló que el retiro o pérdida de confianza en este tipo de trabajadora no acarrea un despido nulo. Por ello, en el presente informe se analizará si el criterio planteado por la Corte Suprema supuso alguna vulneración a nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, se definirá si la trabajadora en estado de gestación tenía derecho a la reposición o al pago de una indemnización por haber sido víctima de un despido nulo. Para tal efecto, resulta indispensable examinar conceptos jurídicos como el principio protector hacia la madre gestante, la tutela resarcitoria y restitutoria, el retiro de la confianza, la carga probatoria en un despido nulo por motivo de embarazo, entre otros que coadyuvarán a realizar un adecuado análisis de la casación en referencia.

Palabras claves

Madre gestante, tutela resarcitoria y restitutoria, pérdida de la confianza y carga probatoria.

ABSTRACT

Through Labor Cassation No. 14758-2017 Lambayeque, the Supreme Court issued an important ruling on the pregnant worker since it stated that the withdrawal or loss of confidence in this type of worker did not entail a null dismissal. For this reason, in this legal report it will be analyzed if the criterion raised by the Supreme Court involved any violation of our legal system and, therefore, it will be defined if the pregnant worker had the right to replacement or payment of compensation. for having been the victim of a null dismissal. For this purpose, it is essential to examine legal concepts such as the protective principle towards the surrogate mother, the compensatory and restorative protection, the withdrawal of trust, the burden of proof in a null dismissal due to pregnancy, among others that will help to carry out an adequate matching analysis in reference.

Keywords

Pregnant mother, compensatory and restorative guardianship, loss of trust and burden of proof.

ÍNDICE GENERAL

1.	INTRODUCCIÓN.....	1
2.	DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS	2
	2.1. Antecedentes	2
	2.2. Demanda	3
	2.3. Contestación de demanda.....	4
	2.4. Sentencia del Juzgado	5
	2.5. Apelación de sentencia.....	6
	2.6. Sentencia de Sala	7
	2.7. Recurso de casación	7
	2.8. Casación Laboral N° 14758-2017 Lambayeque	7
3.	DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL Y LOS PROBLEMAS SECUNDARIOS IDENTIFICADOS	8
	3.1. Problema jurídico principal.....	8
	3.2. Problemas jurídicos secundarios	9
4.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS SECUNDARIOS	10
	4.1. Determinar si la protección hacia la madre gestante incluye a todas las trabajadoras sin distinción alguna	10
	4.1.1. Marco normativo y jurisprudencial de la protección hacia la trabajadora gestante	10
	4.1.2. La protección hacia la trabajadora en etapa de gestación en los instrumentos internacionales	14
	4.1.3. Protección del empleo de la trabajadora en estado de gravidez	19
	4.2. Determinar si la pérdida de confianza ha sido considerada como un motivo justificado de cese en nuestro ordenamiento jurídico	22
	4.2.1. Trabajadores con cargos de confianza: ¿Cuentan con algún tipo de protección?.....	23
	4.2.2. Criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobre los trabajadores de confianza	28
	4.2.3. Trabajadoras en estado de gestación y con cargos de confianza	33
	4.3. Determinar los alcances de la carga probatoria en un caso de nulidad de despido por embarazo.....	36
	4.3.1. Contenido del despido nulo por estado de gravidez	36
	4.3.2. Carga probatoria en un caso de nulidad de despido por gravidez	37
5.	ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL.....	41
6.	CONCLUSIONES ARRIBADAS DEL ANÁLISIS.....	45
	6.1. Conclusiones generales	45
	6.2. Conclusiones específicas.....	47
7.	RECOMENDACIONES A CONSIDERAR	48
8.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1. INTRODUCCIÓN

La etapa de gestación ha sido considerada como una de las expresiones más habituales y recurrentes de discriminación contra las mujeres en el ámbito laboral. Por ello, resulta necesaria la creación, promoción y fortalecimiento de diversas disposiciones normativas que brinden una adecuada protección a las trabajadoras en estado de gravidez, en aras de (i) promover la intervención laboral de este tipo de trabajadoras en las mismas condiciones que los varones y (ii) resguardar a la madre trabajadora y al recién nacido.

En el artículo 4° de nuestro actual texto constitucional se ha previsto que el Estado se encuentra obligado a proteger especialmente a la madre y al niño. En igual tenor, en el apartado 23° de nuestra carta magna se ha dispuesto que debe proteger fundamentalmente a la madre trabajadora.

Asimismo, en el artículo 8° del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) específicamente se prohibió que empleador cese a una trabajadora en etapa de gravidez, salvo por consideraciones o causas desvinculadas con dicha etapa, correspondiéndole al empleador probar que el cese no se debió a la situación de gravidez de la trabajadora.

Por ende, corresponderá al empleador, entre otras consideraciones, no desvincular a las trabajadoras embarazadas por su condición como tal, pues en dicho caso se configuraría una nulidad de despido, contemplado en el literal e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR.

No obstante, y pese a que nuestra normativa vigente ha fortalecido el resguardo a la mujer gestante al incluir dentro del resguardo a aquellas que se encuentran en etapa de prueba, aún no se ha implementado disposición o pronunciamiento alguno acorde a nuestro marco jurídico sobre aquellas trabajadoras en etapa de gravidez que ocupan cargos de confianza.

Por el contrario, únicamente se han emitido pronunciamientos sobre el retiro o pérdida de la confianza (sin analizar que algunos casos comprenden a trabajadoras en estado de

gestación), estableciéndose, de forma contraria a la Constitución y la LPCL, que esta justificación configura un motivo válido de desvinculación y, por ende, se dispone que aquellos que iniciaron un vínculo laboral siendo de confianza no pueden solicitar el pago la indemnización prevista para el despido.

En ese contexto, resulta ineludible analizar la Casación Laboral N° 14758-2017 Lambayeque, mediante la cual el tribunal supremo concluyó que el retiro de confianza a una trabajadora en periodo de gestación no acarrea un despido nulo.

Para tal efecto, en el primer apartado del presente informe se procederá a determinar los antecedentes y hechos más relevantes del proceso. Seguidamente se determinará el problema jurídico principal identificado en la casación laboral bajo análisis, así como los problemas jurídicos secundarios que contribuirán a resolver el problema principal. Finalmente, se procederá a desarrollar cada uno de los problemas jurídicos identificados y, luego, se detallarán las conclusiones y recomendaciones del presente informe.

2. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

El presente informe versa sobre una demanda laboral presentada por la señora Esther Hernández Rodríguez (en adelante, “la demandante”) en contra de EsSalud, mediante la cual cuestiona la extinción de su vínculo de trabajo, con la finalidad de que se declare que habría sido víctima de un despido nulo por su estado de gravidez, reservándose el derecho de peticionar, posteriormente, que se haga efectiva la tutela resarcitoria o reparatoria por el supuesto despido.

En ese contexto, en los siguientes apartados se detallarán los antecedentes del caso, así como el desarrollo del proceso laboral:

2.1. Antecedentes

Con el fin de conocer los hechos reales del proceso, a continuación, se detallará los antecedentes:

2.1.1. La demandante prestó servicios para EsSalud durante el periodo comprendido entre el 28 de setiembre de 2015 al 20 de mayo de 2016, ocupando el puesto de Jefe de Unidad de Almacenes y Distribución en la Red Asistencial Lambayeque de EsSalud, el cual fue calificado como de confianza.

2.1.2. El 9 de octubre de 2015 la demandante y EsSalud suscribieron un contrato de trabajo a plazo indeterminado con el fin de que la primera continúe desempeñando el cargo antes mencionado.

2.1.3. Mediante Carta N° 122-UACyD-OA-OADM.GRALA-ESSALUD-2016, de fecha 15 de abril de 2016, la demandante puso en conocimiento del Gerente de la Red Asistencial de Lambayeque que (i) se encontraba con aproximadamente 20 semanas de gestación y (ii) su parto estaba programado para el 26 de agosto del 2016.

2.1.4. El 13 de mayo de 2016 (4 semanas después) EsSalud emitió la Resolución N° 585-GE-ESSALUD-2016, a través de la cual se despedía a la trabajadora bajo la causal de retiro de confianza.

2.1.5. Dado que la resolución emitida por EsSalud recién le fue notificada a la demandante el 20 de mayo de 2016, dicho día se hizo efectivo su despido.

2.2. Demanda

El día 24 de mayo de 2016 la demandante inició un proceso laboral contra EsSalud, mediante el cual solicitó que (i) se establezca que habría sido víctima de un despido nulo el día 20 de mayo de 2016 por su estado de gravidez, y (ii) se le otorgue las remuneraciones no abonadas por el despido.

Para fundamentar su demanda, la demandante señaló lo siguiente:

2.2.1. Mediante Resolución de Gerencia Gerencial N° 163-GE-ESSALUD-2015, de fecha 28 de setiembre de 2015, fue designada como Jefe de Unidad de Almacenes

y Distribución en la Red Asistencial Lambayeque de EsSalud, lo cual acredita con las boletas de pago que presenta en su escrito de demanda, en las que se visualiza la fecha de ingreso a laborar.

2.2.2. Con fecha 9 de octubre de 2015 la demandante suscribió con EsSalud un contrato laboral indefinido, mediante el cual se acordó que continuaría desempeñando el cargo antes mencionado.

2.2.3. Mediante Carta N° 122-UACyD-OA-OADM.GRALA-ESSALUD-2016, de fecha 15 de abril del 2016, la demandante le comunicó al Gerente de la Red Asistencial de Lambayeque sobre su estado de gestación (20 semanas aproximadamente) y le indicó que su parto estaba programado para el 26 de agosto del 2016. Para probar lo antes mencionado, la demandante adjuntó a la carta documentación sobre su estado de gravidez.

2.2.4. Sin justificación alguna y sin considerar que la demandante era una trabajadora con un contrato laboral indefinido, mediante Resolución N° 585-GE-ESSALUD-2016, de fecha 13 de mayo del 2016 y notificada a la actora el día 20 de mayo del 2016, EsSalud procedió a despedir a la trabajadora bajo la causal de retiro de confianza.

2.2.5. Lo antes señalado configuró un despido nulo, pues EsSalud cesó a la demandante con conocimiento de su estado de gestación (para ese entonces de aproximadamente 27 semanas) y sin motivo válido de despido. Siendo ello así, se presume que su condición fue la causa real de su cese.

2.3. Contestación de demanda

Admitida la demanda, con fecha 7 de noviembre de 2016 EsSalud procedió a contestarla y solicitó que se declare infundada en todo sentido, en virtud a los siguientes fundamentos:

- 2.3.1.** La demandante fue designada, mediante Resolución de Gerencia General N° 163-GG-ESSALUD-2015, de fecha de fecha 28 de setiembre de 2015, como trabajadora de confianza.
- 2.3.2.** Con fecha 9 de octubre de 2015, la demandante y EsSalud suscribieron un contrato de trabajo indeterminado, con la finalidad que la primera continúe desempeñando el cargo de Jefe de Unidad de Almacenes y Distribución.
- 2.3.3.** Por ser personal de confianza su permanencia en EsSalud estaba condicionada a si la persona que la designó como tal mantenía la confianza en ella. Por ello, y a pesar de que era una trabajadora a plazo indeterminado, su vínculo laboral con EsSalud podía concluir en cualquier momento una vez que culmine las razones por las cuales se le designó como trabajadora de confianza.
- 2.3.4.** Mediante Resolución de Gerencia General N° 585-GG-ESSALUD-2016, de fecha 13 de mayo de 2016, EsSalud le retiró la confianza y, en consecuencia, dio por concluido el vínculo laboral de la demandante.
- 2.3.5.** El ingreso de la demandante como trabajadora de EsSalud no se produjo por concurso público de méritos, sino en virtud al poder direccional del funcionario que la designó, esto es, el Gerente de la Red Asistencial Lambayeque, quien, al ser la máxima autoridad de dicha institución, cuenta con las facultades para proponer o retirar la confianza en los trabajadores.
- 2.3.6.** La demandante trata de inducir al error al Juzgado indicando que fue despedida por su condición de mujer gestante; sin embargo, no se ha tenido presente que, conforme a los medios probatorios aportados, su cese correspondió al retiro de confianza otorgado por el Gerente de Red de la Red Asistencial Lambayeque.

2.4. Sentencia del Juzgado

El 26 de enero de 2017 el Octavo Juzgado de Trabajo de Lambayeque (en adelante, “el Juzgado”) desestimó la demanda, en virtud a las siguientes consideraciones:

2.4.1. En el contrato de trabajo de la demandante expresamente se indicó sería de confianza, hecho que no fue negado por la extrabajadora en la audiencia única; por ende, tenía pleno conocimiento del cargo que ocupaba.

2.4.2. Mediante Resolución de Gerencia General N° 585-GE-ESSALUD-2016, de fecha 13 de mayo de 2016 y notificada el día 20 de mayo de 2016, EsSalud le comunicó a la trabajadora que, dado que los motivos que conllevaron al otorgamiento de la confianza ya no existían, su vínculo laboral había finalizado.

2.4.3. Si bien es un indicio que podría motivar el despido de la trabajadora el hecho de que esta comunicó su embarazo en el mes de abril y el retiro de confianza se produjo en el mes de mayo, no existe ningún otro indicio que corrobore la teoría de la actora, pues para formar convicción y certeza de un hecho se requiere acumular otros indicios.

2.4.4. El retiro de confianza configura un estado especial que finaliza el vínculo entre las partes, pues esta causal es de naturaleza subjetiva; por ende, dado que en el presente caso la trabajadora inició su vínculo laboral siendo de confianza no habría sufrido un despido nulo por su estado de gestación.

2.5. Apelación de sentencia

No conforme con el fallo del Juzgado, el 30 de enero de 2017 la extrabajadora presentó un recurso de apelación, mediante el cual solicitó que se revoque la sentencia emitida por el Juzgado y, por ende, se estime la demanda.

La demandante, en su escrito de apelación, entre otras consideraciones, expresó lo siguiente:

2.5.1. En el presente caso, no se tuvo en cuenta la rebeldía de EsSalud, por lo que se debió presumir que su despido correspondió a su estado de gravidez.

2.5.2. Se ha vulnerado el principio constitucional de protección a la mujer gestante que no puede ser discriminada por razón de ninguna índole y debe ser protegida sin distinción a lo largo de la gestación y post parto, dado que el criterio del juez se forma en un análisis subjetivo que descarta el mandato de presunción legal del despido por motivo de embarazo y exige más indicios para formarse convicción y certeza.

2.5.3. Se revierte la carga de la prueba laboral, pues se pretende que pruebe que sí existía un motivo justo para su desvinculación (carga probatoria de EsSalud), cuando lo que debe probar la demandante en un despido nulo por motivo de embarazo es la existencia del embarazo debidamente comunicada a su empleadora (lo cual en autos se ha cumplido).

2.6. Sentencia de Sala

El 19 de junio de 2017 la Segunda Sala Laboral de Lambayeque (en adelante, “la Sala”) emitió sentencia confirmando la sentencia emitida por el Juzgado, bajo los mismos argumentos expuestos por este último, salvo por el hecho de que consideró que la demandante no presentó medio probatorio alguno para considerar como indicio que el retiro de confianza se originó por su estado de gestación y, por ende, para calificar como nulo el despido.

2.7. Recurso de casación

Ante ese panorama, el 21 de junio de 2017 la extrabajadora interpuso un recurso de casación, invocando una infracción normativa al inciso e) del artículo 29° de la LPCL.

2.8. Casación Laboral N° 14758-2017 Lambayeque

El día 18 de marzo de 2019 el Colegiado Supremo emitió la Casación Laboral N° 14758-2017 Lambayeque, por medio de la cual desestimó el recurso de casación, fundamentando su decisión en los siguientes considerandos:

2.8.1. El puesto de trabajo de la demandante siempre fue considerado por EsSalud como uno de confianza, aspecto no cuestionado por la demandante, sino aceptada pues suscribió un contrato de trabajo.

2.8.2. Cuentan con estabilidad laboral aquellos trabajadores con cargos comunes, no pudiendo estos ser cesados si no existen motivos válidos para ello. Por el contrario, dado que los trabajadores con cargos de confianza se encuentran sujetos a la confianza que su empleador ha depositado en ellos, la pérdida de ésta configura una situación especial que concluye el contrato laboral, al tener naturaleza subjetiva a diferencia de los ceses por causa grave que son de naturaleza objetiva.

2.8.3. La demandante siempre desempeñó un puesto de trabajo calificado como de confianza, no pudiendo su estado de gestación volverla una trabajadora permanente. Siendo ello así, el retiro de la confianza reposada en ella no acarrea la nulidad de su despido.

2.8.4. Tanto el Juzgado como la Sala concluyeron que por tener la mencionada naturaleza (confianza) la demandante no se encontraba resguardada frente al despido nulo, más aún si la pérdida de la misma no es una noción análoga al despido.

En virtud a lo antes señalado, la Corte Suprema concluyó que no se habría configurado la infracción normativa alegada por la demandante.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL Y LOS PROBLEMAS SECUNDARIOS IDENTIFICADOS

A continuación, se señalarán los problemas jurídicos principales y secundarios encontrados en la resolución del presente caso:

3.1. Problema jurídico principal

Identificar si la trabajadora demandante sufrió un despido nulo debido a su condición de madre gestante y, por ende, si le correspondía la readmisión en EsSalud o el otorgamiento de la indemnización contemplada en la LPCL.

3.2. Problemas jurídicos secundarios

Para resolver el problema jurídico principal mencionado en el apartado precedente, en las siguientes líneas se detallan los problemas jurídicos secundarios:

3.2.1. Determinar si la protección hacia la madre gestante incluye a todas las trabajadoras sin distinción alguna

Para abordar este problema jurídico debemos responder lo siguiente: ¿Cuál es el marco jurídico de la protección hacia la trabajadora gestante? ¿Qué comprende y cuál ha sido la evolución de este tipo de protección a nivel internacional? ¿Qué implica la protección del empleo de la madre gestante? ¿La protección contra el cese de una trabajadora en estado de gravidez admite excepciones?

3.2.2. Determinar si la pérdida de confianza ha sido considerada como un motivo justificado de cese en nuestro ordenamiento jurídico

Este problema jurídico requerirá que nos enfoquemos en preguntarnos si: ¿El solo hecho de ocupar un cargo de confianza merma cualquier protección contra el despido? ¿Procede algún tipo de tutela contra el cese de un trabajador que desde el inicio de su relación laboral desempeñó una posición de confianza? ¿Cuáles han sido los criterios acogidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema respecto a este tipo de trabajadores?

3.2.3. Determinar los alcances de la carga probatoria en un cargo de nulidad de despido por embarazo

En este problema jurídico, nos enfocaremos en lo siguiente: ¿Basta con que la trabajadora presente documentación que acredite el aviso al empleador respecto a

su periodo de gestación para evidenciar la nulidad de despido? ¿Le corresponde a la trabajadora probar que el retiro de confianza correspondió a su estado de gestación? ¿Hasta dónde llega la obligación de la trabajadora de probar que fue víctima de despido nulo?

4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS SECUNDARIOS

Para determinar si la demandante habría sufrido un despido considerado como nulo por su condición de madre gestante y si, por ende, le correspondía el otorgamiento de la reparación económica contemplada para el despido o la readmisión en su cargo de Jefe de Unidad de Almacenes y Distribución en la Red Asistencial Lambayeque de EsSalud (esto es, para responder al problema principal), primero se analizarán cada uno de los problemas jurídicos secundarios detallados en el apartado precedente.

4.1. Determinar si la protección hacia la madre gestante incluye a todas las trabajadoras sin distinción alguna

En esta sección el análisis se centrará en determinar si el principio protector hacia la madre trabajadora, reconocido a escala nacional e internacional mediante la constitución, leyes, convenios y recomendaciones, abarca a todo tipo de trabajadora sin distinción de la calificación del cargo que ocupa.

Para tal efecto, se analizará el marco normativo y jurisprudencial de la protección hacia la madre gestante; el principio protector a la madre en estado de gravidez en instrumentos internacionales, la evolución y los alcances de esta protección; la protección reforzada del empleo de la madre gestante; y si, finalmente, se considera alguna excepción dentro de este derecho.

4.1.1. Marco normativo y jurisprudencial de la protección hacia la trabajadora gestante

Cabe recordar que, cuando el proceso laboral fue resuelto, el Juzgado y la Sala, así como la Corte Suprema, no analizaron aspecto alguno sobre la protección de la trabajadora en estado de gravidez. Por ello, en los siguientes párrafos se analizará el marco normativo y

jurisprudencial de la protección hacia la madre trabajadora, específicamente de aquella en estado de gestación.

Tal como lo señala el doctor Landa Arroyo, en nuestra Constitución Política de 1979 y 1993 se proyectó un interés especial en la protección de la madre gestante (Landa, 2014, p. 225).

En efecto, en el artículo 45° de nuestro anterior texto constitucional se estableció la protección hacia la madre trabajadora indicándose de forma expresa que *“la ley determina las medidas de protección a la madre trabajadora”*, ello en el marco de las relaciones laborales, pues el mencionado artículo se encontraba ubicado dentro del capítulo V relativo al trabajo.

En la línea de brindar protección a las madres trabajadoras, en el artículo 4° de la Constitución vigente se estableció que *“la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano (...)”*. Seguidamente, en el artículo 23° del mismo texto se estableció como obligación del Estado proteger de forma especial a la madre trabajadora.

A partir de lo citado, y conforme lo reconoce el doctor Boza Pró, en el anterior y actual texto constitucional se estableció una prelación respecto del ámbito subjetivo de tutela del principio protector, debido a que se buscó proteger de forma especial a la madre (Boza, 2004, p. 78).

En ese sentido, el autor concluye que no nos encontramos ante un resguardo exclusivo, sino más bien preferente, fundamentado en las características especiales, para nuestro caso, de las madres trabajadoras, las cuales requieren de una tutela adicional, a fin de equipararlos con el resto de los trabajadores.

Ahora bien, conforme lo establece la OIT, la protección hacia la madre gestante tiene los siguientes objetivos fundamentales: (i) asegurar que los servicios brindados por las madres gestantes trabajadoras no presupongan un peligro contra el bienestar de ellas

mismas ni para la de sus hijos recién nacidos; y (ii) asegurar que la función procreadora de la madre no comprometa la seguridad económica y del empleo (OIT, 2012, p.16).

Respecto al primer objetivo, corresponde indicar que el interés de proteger a la madre trabajadora no se agota en ella misma como persona, sino que a través de dicho resguardo se pretende amparar también el interés del niño que va a nacer, aspecto reconocido por el más alto órgano de interpretación constitucional, el cual en el considerando 7 del fallo emitido en el Exp. N° 00388-2013-PA/TC indicó lo siguiente:

*“Una trabajadora embarazada, en tanto titular de una especial protección constitucional, tiene habilitada la jurisdicción constitucional para exigir el cumplimiento de los mencionados descansos pues, dada su situación de gravidez, **el Estado se encuentra en la ineludible necesidad de adoptar medidas urgentes para salvaguardar sus intereses, así como los del niño que está por nacer.**” (Tribunal Constitucional, 2014, fundamento 7)*

Como se observa, el principio protector de la madre en estado de gravidez se encuentra vinculado con el principio constitucional de protección del interés superior del niño y niña, respecto al cual el máximo intérprete de la Constitución ha señalado, en el Exp. N° 02132-2008-PA/TC, que se encuentra reconocido de forma implícita en el artículo 4° de nuestro actual texto constitucional.

Siendo ello así, por la conexión con la vida que se está gestando, toda amenaza o vulneración contra el derecho de la madre gestante también es una amenaza o vulneración contra el derecho de su menor que está por nacer (Vélez, 2011, p.4). Así, en específico, si se evita que la madre trabajadora sea despedida por su condición de madre gestante se garantiza la protección del niño por nacer.

En conclusión, el principio protector hacia la madre gestante no se configura únicamente debido a que quien trabaja es mujer, sino porque el resguardo se expande al niño, generándose así un binomio madre-hijo que debe ser tutelado (Landa, 2014, p. 229).

En relación al segundo objetivo, corresponde señalar que la etapa de gestación de una trabajadora no debe menoscabar su derecho al trabajo ni mucho menos su seguridad económica.

Al respecto, primero se debe señalar que, conforme lo señala el doctor Boza Pró el estado de gestación es un hecho objetivo diferenciador entre un hombre y una mujer que justificaría un trato distinto entre ambos (Boza, 2004, p. 94).

Por ello, a través del principio protector se permite a las mujeres combinar de manera satisfactoria las labores procreadoras y productivas, así como obstruir el trato disparate en materia laboral a causa de la última labor mencionada (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2012, p. 15).

Con relación a la igualdad de la mujer, el máximo órgano constitucional ha indicado, en el Exp. N° 05652-2007-PA/TC, que corresponde resguardar a la mujer frente a cualquier trato discriminatorio en el ámbito de trabajo que se derive de la facultad natural que tiene de ser madre.

Así, el más alto órgano de interpretación constitucional señaló que el derecho reconocido en nuestra carta magna de no ser discriminado por el sexo comprende dos preceptos, los cuales explica de la siguiente forma:

*“El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. **El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.**” (TC, 2008, fundamento 47)*

Seguidamente, el Tribunal Constitucional añadió que, en aras de no contravenir este derecho, se encuentra prohibido todo tipo de exclusión que tenga por motivo el embarazo, el cual es un factor diferencial que reposa de manera excluyente sobre las mujeres. En rigor, el máximo órgano de interpretación de la carta magna indicó lo siguiente:

*“(…) Por ello, **para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.***

(...) Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del Art. 2 de la Constitución Política.

La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.” (TC, 2008, fundamento 58-50)

Así, con la protección a la madre gestante se pretende que, durante su existencia, ésta goce de un trabajo que le genere ingresos económicos (con sus respectivos beneficios sociales y demás derechos laborales) y, por ende, una adecuada calidad de vida no solo a ella sino también al niño que va a nacer. Es decir, se busca lograr el desarrollo de la madre y la trabajadora al mismo tiempo, no siendo excluyente uno del otro.

En ese sentido, la aplicación del principio protector que salvaguarda a la madre trabajadora tiene como segundo fin procurar que los sucesos biológicos del embarazo no sean fundamento de menoscabo en el acceso o permanencia en el trabajo de la mujer-madre respecto a los demás trabajadores (Boza, 2004, p. 95).

Teniendo presente lo antes señalado, en el siguiente apartado procederemos a determinar el marco normativo internacional sobre la protección hacia la madre trabajadora en etapa de gestación.

4.1.2. La protección hacia la trabajadora en etapa de gestación en los instrumentos internacionales

La protección a la madre trabajadora ha merecido reconocimiento también mediante instrumentos internacionales, resultando necesario citar, a continuación, aquellos artículos que la contemplan:

Dispositivo internacional	Art.	Regulación
Declaración Universal de los Derechos Humanos ¹	25.2°	“2. <u>La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.</u> Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. (Énfasis agregado)
Convención Americana sobre Derechos Humanos – “Pacto de San José” ²	1.1°	“Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción <u>sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión (...)</u> ”. (Énfasis agregado)
Convención sobre los derechos del niño ³	3.1°	“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, <u>los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.</u> ” (Énfasis agregado)
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales – “Protocolo de San Salvador” ⁴	6.2°	“Derecho al Trabajo (...) 2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo (...). Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, <u>encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.</u> ” (Énfasis agregado)
Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ⁵	11.2°	“2. <u>A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar,</u> los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) <u>Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo</u> o licencia de maternidad y la

¹ Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 13282, de fecha 9 de diciembre de 1959.

² Aprobada mediante Decreto Ley N° 22231, de fecha 12 de julio de 1978, y ratificado el 12 de julio de 1978. Entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

³ Aprobada mediante Resolución Legislativa N° 25278, de fecha 4 de agosto de 1990, y ratificado el 14 de agosto de 1990. Entró en vigencia el 4 de octubre de 1990.

⁴ Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26448 de fecha 7 de mayo de 1995 y ratificado el 17 de mayo de 1995. Entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999.

⁵ Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 23432 de fecha 5 de junio de 1982 y ratificado el 20 de agosto de 1982. Entró en vigencia el 13 de octubre de 1982.

		<i>discriminación en los despidos sobre la base del estado civil (...)</i> (Énfasis agregado)
Convenio N° 111 – Convenio sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación ⁶	5°	<i>“Todo Miembro <u>puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.</u></i>
Convenio N° 156 – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares ⁷	3.1°	<i>“Con miras a <u>crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras,</u> cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de <u>permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación</u> y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.” (Énfasis agregado)</i>

En síntesis, la protección a la madre trabajadora en etapa de gestación se encuentra regulada de la siguiente manera:

- (i) Toda mujer gestante tiene el derecho humano fundamental a una especial protección.
- (ii) La protección de la maternidad es un componente esencial del derecho a la igualdad y no discriminación.
- (iii) La adecuada protección hacia la madre trabajadora (en etapa de gestación) se debe garantizar mediante la legislación promulgada por el Estado Peruano.
- (iv) La mujer trabajadora debe contar con la facultad de hacer efectivo su derecho al trabajo; por ello, se encuentra proscrito la desvinculación por su embarazo.

⁶ Ratificado por el Perú el 10 de agosto de 1970.

⁷ Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 24508 de fecha 23 de mayo de 1986 y ratificado el 16 de junio de 1986.

Teniendo presente lo antes expuesto, corresponde indicar que, dentro del marco normativo internacional antes detallado no se expuso el Convenio N° 183⁸ – Convenio sobre la protección de la maternidad, por su especial protección y detalle respecto a la protección de la madre gestante, lo cual amerita un análisis a fondo que será expuesto en las siguientes líneas.

La protección hacia la madre trabajadora constituyó una inquietud de suma importancia de la OIT desde sus inicios. Durante su trayectoria, la OIT adoptó 3 convenios sobre esta materia (Convenios N° 3, 103 y 183) (OIT, 2012, p. 5). Por ello, a continuación, se realizará un breve análisis de los 3 convenios, lo cual advertirá la transformación que ha sufrido este principio protector.

El Convenio N° 3 fue adoptado en Ginebra en el año 1919 y fue considerado como el primer intento de la OIT de determinar las disposiciones base de resguardo a favor de la madre trabajadora (Caamaño, 2009, 11).

A pesar de ello, un aspecto de relevancia a considerar sobre el mencionado convenio fue que éste limitó su ámbito de aplicación hacia aquellas trabajadoras que desempeñaban labores para empresas industriales y comerciales; por ende, no abarcó a todas las trabajadoras.

El mencionado instrumento consagró a favor de la madre trabajadora, entre otras consideraciones, lo siguiente: (i) licencia de maternidad (descanso por 12 semanas y derecho a percibir prestaciones para la manutención del niño y asistencia gratuita de un médico); (ii) lactancia (dos descansos de 30 minutos si la madre amamanta a su hijo); y (iii) protección del empleo (no ser despedida durante ausencia al trabajo o padecimiento de enfermedad, el cual con un certificado debe ser estar motivada por el embarazo o parto).

Por otro lado, el Convenio N° 103 de la OIT fue adoptado en 1956. A diferencia del convenio anterior, en el presente convenio el ámbito de aplicación del principio protector

⁸ Aprobado por Resolución Legislativa 30312 de fecha 22 de marzo de 2015. Entró en vigencia el 9 de mayo de 2017.

se extendió, debido a que incluyó a aquellas mujeres que laboraron para empresas industriales, no industriales y agrícolas, conforme se advierte en su artículo 1° (Caamaño, 2009,12).

En cuanto a los derechos que se establecen, se encuentra, entre otros, los siguientes: (i) licencia de maternidad (descanso de al menos 12 semanas – 6 como mínimo corresponderán al descanso postnatal – pudiéndose ampliar por enfermedad); (ii) lactancia (alimentación al hijo por uno o más intervalos); (iii) prestaciones económicas y médicas (recibir prestaciones económicas suficientes para la manutención de la mujer e hijo, así como prestaciones médicas que comprenderán la asistencia durante el embarazo, parto, puerperal y la hospitalización, cuando fuese necesario); y (iv) protección al empleo (no ser despedida durante ausencia de trabajo).

Finalmente, tenemos el Convenio N° 183 de la OIT, el cual consideró cualquier mujer trabajadora (incluida la que contaba con un modo atípico de labor), conforme se advierte en su artículo 2°.

Así pues, el convenio bajo comentario estipula derechos en salvaguarda de las madres trabajadoras como: (i) protección de la salud (no desempeñar labores consideradas como perjudiciales para la madre y el hijo); (ii) licencia de maternidad (como mínimo de 14 semanas, teniendo que ser 6 postparto); (iii) licencia por motivos de enfermedad o complicaciones (adicional a la licencia mencionada en el punto anterior); (iv) prestaciones económicas y médicas (recibir prestaciones económicas durante la ausencia de la trabajadora y médicas – como asistencia pre y postnatal, asistencia durante el parto, entre otros); (v) protección del empleo (no ser despedida por la condición de madre gestante, durante licencias o después del reintegro al trabajo, salvo por motivos que no estén relacionados con la condición de la trabajadora,); (vi) no discriminación (por ser madre trabajadora con inclusión del acceso al empleo); (vii) lactancia (una o varias interrupciones por día para la lactancia del menor).

De lo antes señalado, se advierte que a nivel internacional se establecieron disposiciones normativas de obligatorio cumplimiento respecto a la protección de la madre trabajadora y, por ende, (para nuestro caso) de la trabajadora gestante. No obstante, cabe

preguntarnos cuáles son los alcances de la protección del empleo de la madre trabajadora en estado de embarazo.

4.1.3. Protección del empleo de la trabajadora en estado de gravidez

Para completar el análisis sobre la protección de la madre gestante resulta ineludible desarrollar cómo se ha llevado a cabo la protección del empleo de la madre trabajadora en nuestro marco normativo actual.

El artículo 22° de nuestro actual texto constitucional reconoce expresamente el derecho al trabajo. Respecto al derecho antes mencionado, el máximo interprete constitucional señaló que su contenido esencial comprende (i) el derecho a acceder a un puesto de trabajo y (ii) el derecho a no ser despedido si no existe causa válida. Específicamente, en la sentencia contenida en el Exp. N° 01124-2001-AA señaló lo siguiente:

*“Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. **Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.**” (Énfasis agregado)*

Así pues, el mencionado artículo de la Constitución debe ser leído en conjunto el Protocolo de San Salvador, en cuyo artículo 7° literal d) contempla la figura de la estabilidad laboral, la cual establece que los trabajadores no sean despedidos si no existe una causa de justa separación.

Así, dado que nos encontramos analizando un proceso sobre despido nulo por motivos de embarazo, en esta sección nos enfocaremos en este segundo aspecto del derecho al trabajo.

Para tal efecto, el artículo 27° del mismo texto normativo reconoce el derecho de un trabajador a contar con una adecuada protección en caso haya sido cesado arbitrariamente. Respecto al mencionado artículo, el profesor Ulloa Carrión señala que:

*“Del texto del artículo 27 se desprende que el despido arbitrario no es válido ni es lícito y que, por tanto, **el trabajador que lo sufra debe ser protegido de manera adecuada, no mereciendo cualquier protección que pueda cuestionar el contenido esencial o la razón de ser de este derecho.** En este sentido, el mandato constitucional establece que la protección la determinará la ley, y ella podría ser una suma de dinero, la nulidad del despido o cualquier otra forma de compensación, tal como lo prevén normas internacionales”. (Ulloa, 2011, 198)*

Así pues, mediante el apartado 27° de la carta magna se otorga al legislador la obligación de determinar el grado de protección que se va a otorgar a un trabajador cuando este sea despedido arbitrariamente, teniendo en consideración que este debe ser “adecuado”.

Es por ello que en el artículo 34° de la LPCL se señala lo siguiente:

“Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

***Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización** establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.*

***En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo,** salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38. (Énfasis agregado).*

Sobre el particular, el doctor Landa Arroyo, citando al profesor Blancas Bustamante, refiere que nuestro marco normativo comprende un modelo dual de resguardo a favor de los trabajadores que han sido despedidos arbitrariamente por sus empleadores, en el cual se han configurado dos niveles de protección distintos que se aplican dependiendo la magnitud de la tutela que les confiere nuestro marco legal (Landa, 2014, p. 233).

Así pues, en nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha consagrado que la protección contra el despido comprende la tutela resarcitoria (estabilidad laboral relativa) y la tutela restitutoria (estabilidad laboral absoluta). A continuación, los alcances de cada forma de tutela:

- La tutela restitutoria: Aplica en aquellas situaciones en las que el empleador cesa a un trabajador incurriendo en alguna causal de nulidad contenida en el artículo 29° de la LPCL (tal como la afiliación sindical, el embarazo, el padecimiento de VIH/Sida, entre otras afectaciones a derechos fundamentales) y, por ende, este último adquiere el derecho a la readmisión en el empleo (Toyama, 2016, p.52).
- La tutela resarcitoria: Aplica en aquellos casos en los que el empleador cesa a un trabajador sin causa o por no demostrarse ésta en juicio y, en consecuencia, genera que este último tenga derecho a percibir la indemnización prevista en la LPCL (Toyama, 2016, p.52).

Así, el doctor Landa Arroyo refiere que el motivo de que un ordenamiento jurídico disponga la nulidad y luego la tutela restitutoria a un tipo de despido corresponde a la trascendencia de los bienes jurídicos lesionados. Para el caso que se viene analizando, el bien jurídico lesionado sería la igualdad y no discriminación.

Como se advierte, la madre trabajadora en etapa de gestación tiene una especial protección frente al despido, pues en el artículo 29° de la LPCL se establece que éste será considerado como nulo si se debió a:

*“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.” (Énfasis agregado)*

Así pues, tenemos que el artículo antes citado establece un nivel de protección reforzado a las madres trabajadoras (incluyendo a las que se encuentran en periodo de prueba) contra el despido nulo por la condición del embarazo (Blancas, 2006, p. 278).

Ahora bien, resulta necesario indicar que el artículo bajo comentario contempla también que el despido no será considerado nulo si la persona que emplea demuestra que existe un motivo válido para despedir a la trabajadora. Es decir, el primer párrafo del mencionado artículo contempla que la protección hacia la madre trabajadora no es un principio de protección absoluto, pues establece que si se puede desvincular a una trabajadora si se demuestre que se ha configurado una causa justificada para ello.

En efecto, el doctor Landa Arroyo señala que el hecho de que una trabajadora se encuentre en gestación no significa que ésta tenga incluso un blindaje cuando exista un motivo justo, sino más bien que para este proceso el hecho alegado por el empleador debe encontrarse debidamente probado (Landa, 2004, p. 237).

Es decir, para que proceda el cese de una madre trabajadora durante el periodo de gestación debe existir una justificación válida de despido, sin la cual un empleador no podrá desvincular a la trabajadora pues ello será considerado como un despido que calificaría como nulo.

Así pues, si no se establece un motivo justificado acorde a nuestra normativa para el cese de la madre, ésta tendrá el derecho a solicitar ser repuesta en su centro de labores o, en su defecto, a percibir la indemnización contemplada para el despido arbitrario.

En ese contexto, se observa que se ha contemplado un grado especial de resguardo contra el despido de la madre trabajadora, el cual ha evolucionado (incluyendo a la que se encuentra en periodo de prueba), y que contempla la posibilidad de cesar a una trabajadora si se configura una causa válida que la sustente. Por ello, corresponderá analizar en el siguiente apartado si el retiro de confianza ha sido contemplado como un motivo válido de cese en nuestra normativa vigente.

4.2. Determinar si la pérdida de confianza ha sido considerada como un motivo justificado de cese en nuestro ordenamiento jurídico

En el presente apartado se analizará si los trabajadores con cargos de confianza cuentan con algún tipo de protección en la Constitución y LPCL, así como se examinará los

critérios adoptados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobre estos trabajadores. Finalmente, se evaluará a que conlleva ser una madre trabajadora y a la vez ser de confianza.

4.2.1. Trabajadores con cargos de confianza: ¿Cuentan con algún tipo de protección?

Cabe mencionar, como primer aspecto, que no es un hecho controvertido en el presente caso que la trabajadora ocupó una posición de confianza desde que ingresó a laborar para EsSalud.

En efecto, en el contrato de trabajo que suscribió la demandante con EsSalud se pactó que la primera desempeñaría el cargo de Jefe de Unidad de Almacenes y Distribución de, el cual tenía la condición de confianza.

Al respecto, resulta necesario revisar lo previsto legalmente en relación a esta materia. Pues bien, el artículo 43° de la LPCL establece lo siguiente respecto a este tipo de trabajadores:

“Artículo 43.- (...) Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”. (Énfasis agregado)

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia emitida en el Exp. N° 3501-2006-PA/TC señaló que se encuentran dentro de este tipo de trabajadores aquellos que tengan las siguientes particularidades: (i) cuenten con la confianza de su empleador; (ii) posean representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; y (iii) ejerzan funciones directivas o administrativas en nombre del empleador.

Así pues, dado que la trabajadora ocupó un cargo de confianza, como se desprende de los hechos del caso al no existir controversia del mismo, se entiende que se habrían

cumplido con los requisitos contemplados en la LPCL y por el más alto órgano de interpretación constitucional.

Teniendo presente ello, resulta ineludible analizar la figura de la adecuada protección con el despido para los trabajadores con cargos de confianza en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente nuestro actual texto constitucional y la LPCL.

Como bien se indicó en el apartado precedente, el apartado 22° de la carta magna reconoce el derecho al trabajo, el cual comprende el derecho a contar con un trabajo y el derecho a conservar el empleo o cargo específico que ocupa el trabajador.

Este segundo aspecto del derecho al trabajo está referido al derecho a la estabilidad laboral, esto es, a que quien trabaje tenga el derecho a conservar su empleo salvo que exista una causa justificada para la terminación de su vínculo laboral, tal como fue reconocido por el máximo intérprete de la Constitución.

En palabras del doctor Toyama Muyagusuku, el derecho a la estabilidad en el trabajo es aquel cuyo objeto es la conservación de la relación laboral frente a los acontecimientos que se generan durante el vínculo de trabajo (Toyama, 2005, p. 501).

En línea de lo antes señalado, nuestro actual texto constitucional establece una orden expresa a quien legisla para que se otorgue al trabajador una “adecuada protección” frente al despido arbitrario, el cual, en palabras del Tribunal Constitucional, debe satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad (TC, 2003).

De lo citado, pues, se advierte que el artículo 27° de la Constitución no ha dispuesto una distinción respecto a la categoría, posición o jerarquía del trabajador, por ende, se puede concluir que la protección frente al despido arbitrario comprende a todo trabajador.

No obstante, se debe tener presente que el desarrollo del mandato constitucional de resguardo contra el cese arbitrario está condicionado a que el trabajador cumpla con (i) superar el periodo de prueba legal, y (ii) laborar al día cuatro o más horas para un mismo empleador.

Al respecto, cabe señalar que los requisitos antes mencionados son acordes con lo contemplado en el Convenio 158 – Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de la OIT, el cual señala que se puede excluir de las disposiciones del convenio a los trabajadores con contrato a plazo fijo o con una labor específica, que tengan un periodo de prueba o no cuenten con el tiempo de servicios establecido, y hayan sido contratados de forma ocasional.

Así pues, cumplidas las dos condiciones antes mencionadas (superar el periodo de prueba y haber laborado cuatro o más horas diarias), el trabajador tendrá derecho a las formas de reparación previstas en nuestra normativa.

Respecto a la primera condición, corresponde indicar que la LPCL (específicamente, el artículo 10º) prevé que el tiempo de prueba de un trabajador con cargo común es de tres meses, por lo que al término del mencionado periodo el trabajador alcanzará el derecho a contar con una adecuada protección si es despedido arbitrariamente.

Así, resulta necesario recordar que el periodo en el que un trabajador se encontrará en prueba es una institución del derecho laboral que hace posible, en palabras del doctor Blancas Bustamante, que el empleador y trabajador se conozcan mutuamente antes de que su relación de trabajo adquiera una posición de permanencia y seguridad (Blancas, 2006, 126).

De este modo, en términos generales, para que quien sea despedido arbitrariamente tenga derecho a una adecuada protección primero tendrá que superar el periodo de prueba, esto es, que se identifique si cuenta con las aptitudes profesionales para permanecer en un puesto de trabajo, en cuyo caso, si la respuesta es afirmativa, este trabajador adquirirá la mencionada protección.

Al respecto, cabe precisar que, respecto a los trabajadores con posición de confianza, la LPCL faculta a que se pueda ampliar su periodo de prueba legal hasta 6 meses. En este sentido, si el personal de confianza supera el periodo de prueba legal antes mencionado contará con una apropiada protección si su empleador lo despide de forma arbitraria.

Respecto al segundo requisito, la LPCL (específicamente, el artículo 22º) prevé que, si el trabajador ha laborado en promedio 4 o más horas diarias para un mismo empleador, éste solo podrá ser despedido en tanto exista un motivo justificado y probado contemplado en nuestro ordenamiento, esto es, podrá ser cesada únicamente si se ha configurado una causa relacionada con su capacidad o conducta.

En el caso de los trabajadores de confianza este último requisito debe analizarse con determinada particularidad, pues de acuerdo al poder de dirección del empleador, este tipo de trabajadores pueden o no estar sujetos a una jornada de trabajo máxima.

En caso no se encuentran obligados a cumplir con una jornada de trabajo, no estarán obligados a registrar ingresos y salidas, por lo que se presumiría que sí cumplen con el requisito bajo análisis. No obstante, si el personal de confianza sí se encuentra sujeto a fiscalización, sí se tendría que verificar el cumplimiento de las cuatro horas diarias en promedio de labor para que puedan tener derecho a una adecuada protección si son despedidos de forma arbitraria.

Por ende, además de lo señalado anteriormente respecto a nuestro texto constitucional actual, en la LPCL tampoco se ha excluido al personal con cargo de confianza dentro del mencionado derecho. Siendo ello así, un trabajador de confianza también tiene protección frente al despido arbitrario, no pudiéndosele cesar si no es por un motivo justificado y probado.

En ese contexto, corresponde determinar si el retiro de confianza constituye una causa justa de despido. Para tal efecto, se debe tener en consideración que la LPCL dispone cuáles son las causas justas de despido relacionadas con la capacidad (deficiencias físicas y de otros tipos, rendimiento deficiente o negativa a someterse a exámenes médicos) o conducta (comisión de falta grave, condena penal por delito doloso o inhabilitación del trabajador) del trabajador, no encontrándose inmersa en ninguna de éstas al retiro o pérdida de confianza. Siendo ello así, un empleador no podrá despedir a un trabajador alegando dicha pérdida.

Respecto al retiro de confianza, el doctor Arce Ortiz ha señalado que:

*“El retiro de confianza, como es fácil deducir, es un motivo con una fuerte dosis de subjetividad que sin duda **agravia el derecho al trabajo, el derecho de defensa y el principio de tipicidad en el despido.** Agravia el derecho al trabajo en tanto **la pérdida de confianza no configura una causa justa de despido en el orden laboral peruano.** El derecho de defensa no puede operar por cuanto el trabajador no conoce con precisión cuál es el motivo de despido. Y, al mismo tiempo, **lesiona el principio de tipicidad, en la medida que el retiro de la confianza no se encuentra tipificado como causa justa de despido en el artículo 22 y siguientes de la LPCL**”. (Arce, 2006, p. 121).*

En la misma línea se han pronunciado los doctores Toyama Miyagusuku y Merzthal Shigyo, quienes han concluido que el retiro de la confianza otorgada a un trabajador no es un motivo válido para la finalización del vínculo laboral entre las partes, por lo que al trabajador afectado le asiste el derecho a percibir la indemnización prevista en la LPCL (Toyama y Merzthal, 2014, p. 94).

Es más, incluso el entonces Director General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Juan Gutierrez Azabache, en el año 2019 emitió un informe en el cual reconoció que (i) el hecho de que se le retire la confianza a un trabajador no configura una causa de término de la relación de trabajo contemplada en la LPCL, y (ii) nuestro ordenamiento jurídico no exime al personal con posición de confianza de acceder a un tipo de tutela si son despedidos arbitrariamente.

En rigor, en los lineamientos 3.20 y 3.21 del Informe N° 145-2019-MTPE/2/14.1, de fecha 6 de diciembre de 2019 (post emisión de las posturas actuales de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional), se indicó lo siguiente:

*“3.20. Sin embargo, estas posiciones jurisprudenciales tampoco implican desconocer que **la pérdida o retiro de la confianza no está expresamente regulada como causa de extinción del contrato de trabajo en el articulado del capítulo IV del TUO de la LPCL.**”*

*3.21. Además de ello, se tiene que **las normas constitucionales y legales no excluyen a los trabajadores de confianza y de dirección de la protección contra el despido arbitrario.** Así, encontramos que el artículo 27 de la Constitución ordena al legislador que blinde al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario, mientras que el artículo 22 del TUO de la LPCL requiere*

*únicamente que el trabajador labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, **no haciendo ninguna distinción entre trabajadores ordinarios y trabajadores de dirección o de confianza**". (MTPE, 2019)*

Así pues, concluir que la protección contra los despidos arbitrarios no aplica a quienes laboran con posiciones de confianza comprendería efectuar una distinción y/o diferenciación o exclusión que no ha previsto la Constitución ni la LPCL. Como se advierte, la LPCL no ha condicionado estas formas de protección a la naturaleza o cargo que ostenten los trabajadores, máxime si el capítulo V en el que se han regulado dichos mecanismos se titula expresamente "De los Derechos del Trabajador". En ese sentido, no cabe efectuar una distinción ahí dónde la constitución y ley no ha realizado alguna.

Teniendo presente dicho contexto, resulta ineludible analizar los pronunciamientos emitidos respecto a la protección del personal de confianza.

4.2.2. Criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobre los trabajadores de confianza

A continuación, se analizarán los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobre el cese del personal con cargo de confianza.

Como primer criterio, plasmado en los Exp. N° 746-2003-AA/TC, 4492-2004-AA/TC, 2358-2005-PA/TC y 78-2006-PA/TC, el máximo intérprete de la Constitución concluyó que la pérdida de la confianza del personal con este carácter, como mecanismo de extinción de vínculo laboral impulsado por el empleador de forma unilateral, no determinaba que puedan acceder a la readmisión.

Por el contrario, estableció que quienes ejercieron un cargo de confianza únicamente podían demandar el pago de la reparación económica prevista para el despido arbitrario. Sin embargo, toda vez que esta pretensión no resultaba revisable en los procesos de amparo (por ser un proceso para retrotraer las cosas al estado anterior a la afectación del derecho, lo que implicaba dejar sin efecto el despido mediante la reposición de los trabajadores, y ser un proceso sin etapa probatoria), el más alto órgano de interpretación constitucional declaró improcedente las demandas, dejando en resguardo la posibilidad

de que los demandantes opten por recurrir a la vía ordinaria para petitionar la indemnización contemplada en la LPCL.

En efecto, en la sentencia recaída en el Exp. 4492-2004-AA/TC el máximo intérprete de la carta magna indicó que:

*“En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N° 0746-2003-AA/TC, **a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente**”. (TC, 2005, fundamento 2)*

Así pues, como primer criterio se estableció que únicamente correspondía otorgarle el pago de la indemnización prevista en la LPCL a quien era cesado por el retiro o pérdida de la confianza, pues esta causal no había sido amparada en nuestro marco jurídico (Concha, 2014, 35).

Sobre este criterio, el doctor Blancas Bustamante cuestionó la postura del Tribunal Constitucional, señalando que al reconocer que corresponde el otorgamiento de la reparación económica contemplada en la LPCL debido a que la pérdida de confianza no ha sido considerada como una causal válida de cese por no estar establecida legalmente conlleva a concluir que este tipo de despido es uno sin causa (Blancas, 2013, p. 623).

Como parte del segundo criterio del más alto órgano de interpretación constitucional, mediante la sentencia recaída en el Exp. N° 3501-2006-PA/TC, este órgano efectuó la siguiente diferenciación entre los trabajadores con cargo de confianza:

- (i) Trabajador de confianza exclusiva: Aquel trabajador que inició su vínculo laboral ocupando una posición de confianza. En este caso, ante la pérdida de dicha confianza, el despido es efectivo, pero corresponderá el otorgamiento de la indemnización prevista para el despido arbitrario.
- (ii) Trabajador de confianza mixta: Aquel trabajador que inició su relación laboral en un cargo común o de no confianza y que luego fue trasladado a un puesto de confianza. En estos casos, el retiro o pérdida de confianza sólo tendrá eficacia

respecto a la posición de confianza, pero el trabajador no debe perder su empleo por lo que tendría que regresar al cargo común o de no confianza.

El criterio antes mencionado se mantuvo en posteriores sentencias, como aquellas que recayeron en los Exp. N° 1042-2007-PA/TC y 1581-2008-PA/TC.

Por otro lado, a través de las Casaciones N° 1489-2000 Lima, 498-2005 Lima, 2634-2009 Junín, 4298-2009 Huánuco y 3106-2016 Lima, la Corte Suprema determinó que el despido por pérdida de confianza debe ser calificado como un despido sin expresión de causa, lo que da lugar al pago de una indemnización contemplada en la LPCL.

En específico, en la primera casación mencionada la Corte Suprema consideró que los trabajadores con cargos de confianza también se encuentran protegidos si son despedidos de forma arbitraria, por lo que tienen derecho al pago de una indemnización.

A continuación, los principales argumentos contenidos en las demás casaciones citada:

- (i) Sobre el periodo de prueba: La Corte Suprema señaló que el artículo 10° de la LPCL establece, sin diferenciación alguna, que el trabajador que supera el periodo de prueba alcanza el derecho a una adecuada protección si es despedido arbitrariamente por su empleador. En tal virtud, el citado dispositivo legal otorga protección también al personal con cargo de confianza, hecho que se encuentra acorde al artículo 34° del mismo texto normativo.
- (ii) Sobre el cese por causa justa: La Corte Suprema señaló que, de acuerdo al artículo 34° de la LPCL, cuando los trabajadores no sean cesados por un motivo relacionado con su conducta o capacidad les corresponderá el pago de la indemnización contemplada en dicha norma. Así pues, la Corte Suprema concluyó que la pérdida de confianza ha sido considerada como una causa justificada relacionada a la conducta o la capacidad del trabajador, por lo que a éste le corresponderá percibir la indemnización prevista para el despido arbitrario.

Mediante la Casación N° 18450-2015 Lima, emitida en 2016, el Colegiado Supremo modificó su criterio y dispuso que los trabajadores que desde el inicio del vínculo laboral eran cesados por el retiro de la confianza depositada en ellos no les asistía el derecho a peticionar el otorgamiento de la indemnización prevista en la LPCL.

En efecto, la Corte Suprema se apartó de su anterior criterio, sobre la base de que el trabajador con un cargo de confianza se encontraría en una mejor situación que un trabajador común, pues al primero siempre le correspondería el pago de una indemnización (lo cual considera absurdo), mientras que el segundo debería probar que su despido fue arbitrario.

De esta forma, la Corte Suprema consideró que no le asistía el derecho a solicitar la reparación económica prevista en la LPCL a los trabajadores con cargos de confianza, debido a que el retiro de dicha confianza es una causa subjetiva que extingue el contrato laboral, mientras que los despidos por causa justa configuran causas objetivas de cese. Por ende, dispuso que ante un trabajador de confianza exclusiva la pérdida de la misma tendrá como consecuencia su despido, pero ante un trabajador con confianza mixta acarreará la readmisión en el puesto de origen común.

Así pues, con este nuevo criterio de la Corte Suprema se desprotegió totalmente al trabajador al trabajador que inició un vínculo laboral con un cargo de tal naturaleza, a quien el más alto órgano de interpretación constitucional ya le había reconocido el derecho a recibir una indemnización por despido arbitrario. Así, en palabras de la doctora Coloma Cieza:

“Con esta interpretación, la decisión unilateral del trabajador de retirar la confianza al trabajador extingue la relación laboral sin que se genere la obligación de indemnizar al trabajador como consecuencia de un despido no justificado en causas relacionadas su conducta o capacidad, dejando de lado lo establecido en el artículo 34 de la LPCL.

El criterio asumido por mayoría en la Sentencia bajo comentario crea un nuevo o especial despido, eliminando la protección frente al despido arbitrario reconocida por el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, para los trabajadores contratados directamente para ocupar puestos de confianza.

Cabe indicar que la adecuada protección contra el despido arbitrario regulada por la Constitución ha sido desarrollada por la LPCL, norma que contempla como derecho del trabajador frente a un despido arbitrario (aquel que no se

encuentra justificado en justa relacionada con su capacidad o conducta), el pago de una indemnización, la cual tiene naturaleza de reparación frente al daño sufrido” (Cieza, 2016, 23)

A continuación, la Corte Suprema reiteró dicho criterio en las Casaciones N° 16378-2016 Lima y 13704-2017 Lima. En estos casos la Corte Suprema se remitió a lo expuesto respecto al actual criterio del Tribunal Constitucional y en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional.

En el mencionado pleno, el cual se realizó en mayo de 2018, los jueces de la Corte Suprema acordaron lo siguiente respecto a los trabajadores con posiciones de confianza:

- (i) En el caso de los trabajadores que ingresaron de forma directa a una posición de confianza, no les corresponderá la indemnización prevista en la LPCL si sus empleadores les retiren o perdieron la confianza depositada en ellos.
- (ii) En el caso de los trabajadores que iniciaron un vínculo laboral ocupando un cargo común y luego accedieron a uno de confianza con el mismo empleador, les corresponderá la indemnización contemplada para el despido arbitrario si sus empleadores no les permitieron regresar al cargo común luego de retirada la confianza o si el mismo trabajador no accede a dicho cambio.

Como se advierte, el actual criterio interpretativo respecto al personal que ocupó desde el inicio de su vínculo laboral una posición de confianza contempla que a este tipo de trabajadores no les asiste la readmisión o indemnización prevista en la LPCL, por la supuesta causal de pérdida de confianza.

No obstante, y conforme se expresó en el apartado precedente, este criterio interpretativo mayoritario contravendría lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, pues (i) la pérdida de confianza no es un motivo válido de extinción del vínculo laboral, y (ii) ni Constitución ni la LPCL eximen a los trabajadores con posición de confianza de los tipos de tutela que comprende la adecuada protección contra el despido arbitrario (tutela resarcitoria o tutela restitutoria).

Es más, llama la atención que la figura del trabajador de confianza ni siquiera ha sido incluida en el Anteproyecto del Código de Trabajo presentado por la Comisión Sectorial del MTPE mediante Resolución Ministerial N° 092-2002-TR, de fecha 13 de abril de 2022. En efecto, de una simple lectura del articulado de la mencionada resolución se podrá advertir que únicamente se regula lo relativo al personal de dirección y se incluye la figura del gerente general, más no se proyecta disposición alguna sobre el personal de confianza.

Teniendo presente ello, en el siguiente apartado se determinará la propuesta de protección que se le debe otorgar a una madre gestante con cargo de confianza.

4.2.3. Trabajadoras en estado de gestación y con cargos de confianza

Como se señaló precedentemente, los dispositivos normativos internacionales y nacionales, en este último caso la Constitución, no han contemplado algún condicionamiento al principio protector de la madre trabajadora. No obstante, tal como refiere el doctor Landa Arroyo, el hecho de que una trabajadora se encuentre en etapa de embarazo no significa que a ésta nunca se le va a poder despedir si existe una causa justa.

Por otro lado, nuestro actual texto constitucional y la LPCL no han eximido al personal de confianza de acceder a una tutela resarcitoria y reparatoria (si son despedidos arbitrariamente), ni mucho menos han contemplado como alguna causa justa de despido al retiro o pérdida de confianza (el cual no requiere de sustentación por parte del empleador), calificando así este despido, en estricto, como un despido sin expresión de causa.

Por ello, si un empleador cesa a un trabajador alegando el retiro de confianza éste último tiene derecho a contar con una adecuada protección, lo que en nuestro ordenamiento puede conllevar a que sea repuesto en su centro de labores o se le otorgue la indemnización prevista en la LPCL. Así, dado que nos encontramos ante un cese de una madre gestante con cargo de confianza, corresponderá que ésta perciba la indemnización bajo comentario, pues por la naturaleza misma de sus funciones no se podrá recurrir a la reposición.

En efecto, recordemos en la sentencia expedida en el Exp. N° 0351-2006-PA, el máximo intérprete de la Constitución indicó que un elemento que diferencia al personal de confianza de los trabajadores con cargos comunes es la naturaleza misma de la función que los primeros desempeñan, lo cual determina la condición laboral del trabajador. Así pues, un trabajador de confianza no adquiere dicha calificación por sus cualidades personales o conocimientos sobre su futuro cargo, sino más bien por la naturaleza de las actividades que realizará.

Es por ello que, tal como refieren los doctores Toyama Miyagusuku y Merzthal Shigyo en las siguientes líneas, el personal de confianza que es cesado bajo la causal de retiro o pérdida de confianza tendrá derecho a percibir la indemnización prevista para el despido (y no la reposición):

“En nuestra opinión, creemos que sí se confiere tutela al trabajador que ocupa una posición de dirección y confianza en los términos que hemos descrito en este artículo: La indemnización. (...)

Estamos ante trabajadores que sí tienen derecho a la tutela ante un despido arbitrario. Tienen derecho a la protección contra el despido arbitrario, pero este se limita a la indemnización. Mientras que el resto de los trabajadores tiene derecho a escoger entre la reposición y la indemnización, en estos casos la protección sólo comprende a la indemnización dado el carácter especial de los servicios que prestan. (...)” (Toyama y Merzthal, 2014, p. 94)

Así, si bien la LPCL (específicamente, el artículo 34°) contempla que el efecto jurídico directo de la nulidad de despido es la readmisión en el puesto de trabajo, nuestra normativa contempla la posibilidad de que la trabajadora opte por solicitar la indemnización prevista en dicha norma cuando el proceso se encuentre en etapa de ejecución.

En tal sentido, y teniendo presente la naturaleza subjetiva del cargo de confianza, y dado que el retiro de ésta no ha sido considerado como una causal válida de cese en nuestra normativa, la madre trabajadora en estado de gestación con cargo de confianza debería contar con el derecho a solicitar la reparación económica contemplada en la LPCL.

Lo antes señalado encuentra sustento, además, en el II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral y Procesal Laboral, llevado a cabo en octubre de 2020, pero no en los términos que resuelve otorgar la reposición a las trabajadoras gestante que poseen un cargo de confianza (pues como bien se señaló a este tipo de trabajadoras gestantes debería corresponderle el pago de una indemnización por la naturaleza subjetiva del cargo), sino más bien en que reconoce que las trabajadoras en estado de gravidez gozan de una protección especial que le otorga la Ley, la Constitución y determinados instrumentos internacionales, los cuales no hacen distinto alguno del cargo, nivel o categoría que ocupa la trabajadora en el centro de trabajo.

En virtud a ello, en el mencionado pleno jurisdiccional se determinó que el retiro de la confianza de una trabajadora en estado de gestación transgredía las normas y principios que las sustentan, tal como quedó demostrado en los apartados precedentes.

Ahora bien, cabe indicar que II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral y Procesal Laboral ya ha sido aplicado en distintos juzgados de Lima, tal es así que en el Exp. N° 09744-2019-0-1801-JR-LA-18 se declaró en primera y segunda instancia fundada la demanda interpuesta por una madre trabajadora con un cargo de confianza que alegó haber sido víctima de un despido nulo por su condición de gestante, debido a que, entre otras consideraciones, el pleno jurisdiccional acoge una posición que se fundamenta en la Ley, la Constitución y las normas internacionales.

Además del pleno, se debe tener presente que, tal como se detalló en la exposición de motivos de la Ley N° 31152, a través de la cual se modificó la LPCL en abril del año pasado, como parte de la evolución de la protección a las madres trabajadoras en la etapa de embarazo y lactancia, se extendió el ámbito de aplicación del principio protector y se incluyó a aquellas trabajadoras que se encontraban en periodo de prueba o contaban con un régimen de tiempo parcial.

En efecto, y con el objeto de reforzar el derecho de la madre trabajadora a no ser desvinculada arbitrariamente por su condición de gestante, se modificó el artículo 29° de la LPCL y, en línea de lo señalado en los convenios de la OIT, se incluyó a las que se encontraban en periodo de prueba o realizaban labores a tiempo parcial, evidenciando

con ello el nivel de protección reforzado otorgado a las madres trabajadoras contra el despido nulo por la condición del embarazo.

En ese sentido, y sin querer ser redundantes, la trabajadora gestante con cargo de confianza a quien no se le reconoce el derecho al pago de una indemnización por despido arbitrario no solo se le vulnera su derecho al trabajo, sino también el principio protector hacia la madre trabajadora.

4.3. Determinar los alcances de la carga probatoria en un caso de nulidad de despido por embarazo

Teniendo presente que en el apartado anterior se dejó establecido que el hecho de que un trabajador ocupe un cargo de confianza no debe mermar la protección constitucional e internacional de la madre trabajadora, ni mucho menos el derecho al resguardo si es despedido arbitrariamente, en el presente apartado se analizará lo relativo a la carga probatoria ante el despido nulo.

4.3.1. Contenido del despido nulo por estado de gravidez

El despido es un acto unilateral y recepticio por medio del cual quien emplea extingue la relación jurídica de trabajo, es decir, nos encontramos ante una extinción originada por la sola voluntad del empleador que se hace efectiva cuando ésta es puesta en conocimiento del trabajador.

Entre los distintos tipos de despido, nuestro ordenamiento jurídico contempla que un despido será considerado como nulo si la madre trabajadora es cesada con ocasión de su estado de gravidez.

Al respecto, cabe mencionar que la nulidad de despido es una manifestación de la estabilidad laboral absoluta (Toyama, 2016, p.52). En efecto, es un tipo de desvinculación para el cual se prevé un tipo de tutela frente a supuestos de vulneración de determinados derechos fundamentales, habiendo sido éstos contemplados en el apartado 29° de la LPCL en atención a su trascendencia.

Así pues, el artículo antes mencionado contempla (i) la gestación como un motivo que no constituye una causa justa, determinándose al despido como uno nulo y (ii) la presunción automática de que el despido deviene en nulo si quien emplea no logra probar que se ha configurado una causal justa para el despido.

De esta forma, la LPCL busca proteger a la trabajadora en su rol de madre gestante, la misma que, como bien se indicó líneas precedentes, cuenta con respaldo constitucional e internacional.

Sobre la protección por la condición de ser madre gestante, debemos tenerse presente que la OIT, mediante el artículo 8° del Convenio N° 183, contempló la prohibición al empleador de despedir a una mujer embarazada, salvo que el empleador cuente con motivos no relacionados con su estado de gravidez, correspondiéndole a quien emplea probar dichos motivos.

En la misma línea, la OIT, a través del artículo 5° del Convenio N° 158, indicó que:

“Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

(...)

(d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el orden social (...).”

Del artículo citado, pues, se advierte que bajo ningún motivo se puede extinguir el vínculo laboral de una trabajadora gestante por su condición como tal, pues ello en nuestro ordenamiento jurídico acarrearía la nulidad del despido.

Teniendo presente ello, resulta necesario analizar la carga probatoria contemplada para los casos de despido nulo de una trabajadora en estado de gravidez.

4.3.2. Carga probatoria en un caso de nulidad de despido por gravidez

Tal como lo establece el artículo 37° de la LPCL, ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen. Ciertamente, la persona que señala haber sido víctima de un despido debe probarlo, lo cual debe ser entendido de la siguiente forma: si el empleador señala que un despido se configuró por la comisión de faltas graves deberá probar que los hechos imputados conllevaron a dicho despido, lo mismo si el trabajador considera que habría sido víctima de un despido nulo (Toyama, 2016, p.235).

Bajo el mismo tenor, el artículo 23° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), Ley N° 29497, establece que la carga probatoria le competirá a la persona que asegure hechos que configuren su pretensión o a la persona que los niegue manifestando sucesos nuevos.

Así, si un trabajador considera que alguno de sus derechos fundamentales ha sido lesionado podrá demandar judicialmente dicha vulneración, teniendo como obligación la probanza de los hechos alegados (Toyama, 2016, p.236).

Al respecto, debemos tenerse presente que lo antes señalado es la regla general; no obstante, esta dista cuando nos encontramos en un caso de una trabajadora en etapa de gestación, pues nuestro ordenamiento jurídico contempla una presunción legal.

En efecto, el literal e) del artículo 29° de la LPCL establece como presunción legal que si la parte empleadora no evidencia que se habría configurado una causal válida para el cese se entenderá que éste tuvo como origen el estado de gravidez de la trabajadora, teniendo la última la obligación de notificar documentalmente a su empleador sobre su estado de gravidez de forma previa al despido.

Al respecto, el doctor Toyama Miyasukubu señala que hay una excepción respecto al a carga de la prueba. En rigor, señala lo siguiente:

*“Si bien esta acreditación de la probanza es la regla general, en tanto no prima la reversión de la carga de la prueba, **existe una excepción que se suscita en la causal de la madre gestante, en cuyo caso la trabajadora solo se encuentra obligada a acreditar que comunicó su embarazo o demostrar que el empleador tenía conocimiento del mismo**, teniendo el empleador que sustentar el motivo del despido”. (Toyama, 2016, 236)*

Asimismo, el doctor Caceres Paredes, señala que se establece la presunción de la existencia del despido por la causal de embarazo si es que quien emplea no prueba que se habría configurado un motivo válido para cesar a la trabajadora.

Así pues, y conforme señala el profesor Toyama Miyasukubu, existen supuestos que deberían considerarse para la causal de despido nulo por el estado de gravidez de la madre trabajadora, las cuales pasamos a detallar:

- a) Se debe probar que la madre trabajadora se encontraba en estado de gestación.
- b) Se debe acreditar la comunicación al empleador sobre el estado de la trabajadora.
- c) Se debe probar que la notificación de la comunicación se realizó de forma previa al despido.
- d) Se debe acreditar que la notificación se realizó por escrito.

Así pues, y entrando a analizar el proceso laboral, al invocar que se habría configurado una nulidad de despido la madre trabajadora tenía la obligación de acreditar que comunicó, de forma previa al despido y por escrito, a su empleador sobre su estado de gravidez o demostrar que este tuvo conocimiento del mismo.

Sobre el particular, resulta necesario señalar que la demandante sí cumplió con la carga probatoria conferida en la ley para que se determine que su despido correspondió a su estado de gravidez.

En efecto, tal como se detalló en la sección relativa a la determinación de los hechos del caso, mediante carta de fecha 15 de abril del 2016, la demandante le comunicó al Gerente de la Red Asistencial de Lambayeque sobre su estado de gestación (20 semanas aproximadamente) y le indicó que su parto estaba programado para el 26 de agosto del 2016. Para probar lo antes mencionado, la demandante adjuntó a la mencionada carta documentación sobre su estado de gravidez.

Siendo ello así, resulta evidente que se habrían cumplido con los dos primeros supuestos para considerarse que se configuró la nulidad del despido, toda vez que la demandante probó no solo que se encontraba en etapa de gestación cuando fue cesada, sino también

que le remitió a EsSalud una comunicación escrita mediante la cual le informó sobre su estado de gravidez.

Ahora bien, dado que con fecha 20 de mayo de 2016 la demandante fue comunicada con una resolución que le informó sobre su despido por retiro de confianza, esto es, fue comunicada con su cese de forma posterior a la notificación escrita a su empleador sobre su estado de gestación, también se habrían cumplido con los dos siguientes supuestos para determinarse que nos encontramos ante un despido considerado como nulo por haberse dado con ocasión del embarazo de la demandante.

Es decir, debió aplicarse la presunción legal establecida por la LPCL, y no señalarse que, dado no existía otro indicio (más que la comunicación enviada por la demandante) que demostrase que el despido se debió a la condición de madre gestante, o que no se había probado que el retiro de confianza correspondió a la situación de gravidez de la demandante (carga probatoria que no le corresponde a la demandante), no existía convicción o certeza de que el cese había correspondido a la condición de trabajadora gestante.

En efecto, en la sentencia de Sala se consideró, entre otros aspectos, que dado que no se aportó medio probatorio alguno que permita extraer indicios relativos a que la decisión de despedir a la trabajadora gestante correspondió a su estado, esto es, que la supuesta pérdida de la confianza se derivó de la condición de trabajadora gestante, no se podía calificar al despido como nulo. No obstante, como bien se indicó precedentemente, a la demandante no le correspondía demostrar ello, pues únicamente la ley la obligaba a probar que cumplió con la comunicación al empleador sobre su estado de gestación de forma escrita y previa al despido.

Por ende, y dado que la demandante sí cumplió con la carga probatoria contemplada en nuestra normativa, así como también se habría demostrado que el principio protector no excluye de su ámbito a la trabajadora con una posición considerada como de confianza y la pérdida de dicha confianza no ha sido considerada como un motivo válido de cese, el fallo de las autoridades judiciales no se efectuó conforme a derecho.

5. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL

Habiéndose dado respuesta a cada uno de los problemas jurídicos secundarios, los cuales coadyuvarán a resolver el problema jurídico principal, a continuación, daremos respuesta a este último problema identificado.

Pues bien, como bien se indicó en la sección 3.1. del presente informe jurídico, el problema principal identificado consiste en identificar si el cese de la demandante calificó como un despido nulo por haberse efectuado por su condición de madre gestante y si, por ende, la demandante tiene derecho a ser readmitida en su puesto de trabajo en EsSalud o si le corresponde el otorgamiento de la indemnización prevista para el despido arbitrario.

En primer lugar, debemos tener presente que no nos encontramos ante cualquier tipo de trabajadora, sino ante una madre gestante que ocupó un cargo de confianza en EsSalud y que fue cesada alegándose que la confianza depositada en ella se había perdido.

Por ello, recurriremos a lo planteado respecto al principio protector hacia la madre trabajadora. Este principio cuenta con dos objetivos fundamentales, el primero de ellos consiste en garantizar que las actividades realizadas por las trabajadoras gestantes no supongan una afectación al bienestar (salud) tanto del hijo recién nacido como de la madre, mientras que el segundo busca asegurar que la función procreadora de la madre no comprometa la seguridad económica y del empleo.

Así pues, si uno de los objetivos antes mencionados no se cumple se entenderá que el principio protector que protege a la madre trabajadora no ha cumplido con su finalidad y, por ende, existiría una afectación al mismo.

Este principio protector es uno de suma relevancia y de especial configuración, pues no solo cuenta con sustento en diversas normas de carácter nacional, sino también en distintos instrumentos internacionales.

Así pues, tenemos que los artículos 4° y 23° de la Constitución contemplan como obligación del Estado proteger especialmente a la madre y al niño. Asimismo, el artículo

29° de la LPCL dispone una presunción legal en aquellos casos en los que una madre trabajadora es cesada por su condición como gestante, pues refiere que el despido será nulo si este se efectuó durante el periodo de gravidez, salvo exista una causa válida para el cese que deberá probar el empleador.

En refuerzo de este principio protector, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer disponen que una obligación de los Estados Parte consiste en que las madres cuenten con la posibilidad de poder hacer efectivo su derecho al trabajo, por lo cual se establece que se encuentra prohibida toda discriminación por razones de maternidad.

Dentro de los instrumentos internacionales, especial reconocimiento merece el Convenio N° 183 de la OIT, pues éste regula las normas mínimas que deben cumplir los Estados Parte para proteger a la madre trabajadora. Así, este convenio amplía su ámbito de aplicación considerando a todas las madres trabajadoras sin distinción alguna (esto es, sin excluir de su aplicación a las trabajadoras con cargo de confianza) y contempla como derecho la protección del empleo (esto es, establece que las trabajadoras no pueden ser cesadas por su condición como madres gestantes).

Respecto al derecho a la protección del empleo, debemos tener presente que, según lo dispuesto por el más alto órgano de interpretación constitucional, el derecho al trabajo cuenta con un contenido esencial. El primer aspecto de este contenido conlleva a que las personas puedan acceder a un cargo de trabajo, mientras que el segundo aspecto consiste en que nadie puede ser cesado si no existe un motivo válido para ello. Como bien indicamos anteriormente, nuestro análisis se centrará en el segundo aspecto del contenido esencial del derecho al trabajo.

Pues bien, el actual texto constitucional y la LPCL contemplan que, si un trabajador es cesado arbitrariamente, este tendrá derecho a una adecuada protección. Esto quiere decir que, si un empleador cesa a un trabajador sin una causa justa para ello, el trabajador tendrá derecho a solicitar que se haga efectiva la tutela restitutoria (readmisión) o la tutela

resarcitoria (indemnización regulada para el despido arbitrario), lo cual dependerá del bien jurídico afectado.

Como se advierte, la tutela restitutoria comprende la reposición en el centro de trabajo de quien es despedido por su afiliación sindical, su condición de gestante, ser portador de VIH, entre otras causales establecidas en nuestra normativa. Por otro lado, la tutela resarcitoria comprende el abono de una reparación económica prevista en la LPCL si no se expresa una causa justa de despido o no se demuestra ésta en juicio cuando un trabajador es cesado.

De esta forma, y en línea de nuestra actual Constitución y los convenios de la OIT, la LPCL contempla un resguardo reforzado frente el despido nulo cuando este se da por el estado de gravidez de la trabajadora, operando así una presunción legal que no aplica en otros casos.

Ahora bien, lo antes señalado no significa bajo ninguna consideración que la normativa nacional e internacional dispone que nunca se va a poder despedir a una trabajadora gestante durante su etapa de gravidez. Todo lo contrario, expresamente los artículos sobre esta materia refieren que si se configura una causa justa de despido éste será considerado como válido para el cese, por lo que sí se puede despedir a una madre gestante.

Para ello, en la sección 4.2. del presente informe se analizó si la pérdida de la confianza ha sido considerada como un motivo válido para despedir en nuestro ordenamiento jurídico, obteniendo como respuesta que no.

En efecto, en ninguna parte de nuestra carta magna se ha dispuesto una distinción respecto a la categoría, posición o jerarquía del trabajador a quien se le debe proteger si es despedido arbitrariamente. Por ende, la protección frente al despido arbitrario comprende a toda persona que preste servicios de manera personal, remunerada y subordinada para un empleador.

En la misma dirección, los artículos 10° y 22° de la LPCL tampoco contemplan distinción alguna. En rigor, el primero de ellos considera que una vez que se supera el periodo de

prueba el trabajador adquiere un adecuado resguardo si es despedido arbitrariamente; mientras que el segundo refiere que si quien labora lo hace en promedio 4 o más horas diarias éste solo podrá ser despedido si existe un motivo justo y comprobado establecido en nuestra normativa.

Siendo ello así, nuestra normativa actual no contempla que la pérdida de la confianza es un motivo válido de término del vínculo de trabajo; por ende, la persona afectada cuenta con la facultad para hacer efectiva la tutela resarcitoria, tal como fue reconocido por diversos autores, así como por el máximo intérprete de la Constitucional y el Colegiado Supremo en sus criterios iniciales sobre esta materia.

En rigor, inicialmente, el más alto órgano de interpretación constitucional señaló que esta situación de pérdida, como mecanismo de extinción de vínculo laboral impulsado por el empleador de forma unilateral, no determinaba que el personal de confianza tenga derecho a la readmisión en su centro de labores, sino únicamente a la reparación económica prevista en la LPCL.

Asimismo, la Corte Suprema determinó, como primer criterio, que este tipo de despido debía ser calificado como uno sin expresión de causa, lo cual conlleva a que el trabajador afectado pueda acceder a la indemnización correspondiente.

Por ello, todos los trabajadores (sin distinción del cargo que ocupan) deberían acceder a una adecuada protección, la que en nuestro ordenamiento puede estar constituida por la reposición o la indemnización por despido prevista por ley.

Así, dado que nos encontramos ante un cese de una madre gestante con cargo de confianza, corresponderá que ésta reciba una reparación económica, pues por la naturaleza misma de sus funciones no se podrá recurrir a la readmisión en el puesto de trabajo.

Ahora bien, para tener acceso a dicha reparación, la demandante debía cumplir con la carga probatoria contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, probar que comunicó a su empleador sobre su estado de gravidez.

En efecto, en la LPCL se establece que se presumirá que el despido ha sido por el estado de gravidez de la trabajadora si quien emplea (empleador) no demuestra que se ha configurado una causal válida para el cese, teniendo la trabajadora gestante la obligación de notificar documentalmente a su empleador sobre su estado de gravidez de forma previa al despido.

Así pues, como bien se señaló en el apartado 4.3. del presente informe, mediante carta de fecha 15 de abril del 2016 (esto es, un mes antes de su cese), la demandante cumplió con comunicarle su superior directo sobre su estado de gestación, presentando con dicha carta documentación que evidenciaba su estado de gravidez.

Siendo ello así, no existe duda de que la trabajadora cumplió con la carga probatoria conferida en la ley, hecho que no fue puesto en discusión por el Juzgado ni por la Corte Suprema, sino únicamente por la Sala quien, sin justificación alguna, señaló que no se había probado que el retiro de la confianza se había derivado de su condición de gestante.

Por ende, al haberse determinado que la trabajadora se encontraba protegida por el principio protector hacia la madre trabajadora y solo podía ser cesada si existía una causa válida para ello -y el retiro de confianza no ha sido considerado como un motivo válido de despido- y, además, que había cumplido con la carga probatoria que le confiere la ley, corresponde concluir que la demandante sí fue víctima de un despido nulo por su condición de madre gestante y, por ende, tenía derecho a percibir la reparación económica prevista para el despido arbitrario, derecho que le fue denegado.

6. CONCLUSIONES ARRIBADAS DEL ANÁLISIS

Luego de haber finalizado el análisis del problema jurídico principal y de los secundarios objeto del presente informe, consideramos pertinente dividir nuestras principales conclusiones en la siguiente clasificación:

6.1. Conclusiones generales

- 6.1.1.** El principio protector hacia la madre gestante no excluye de su ámbito de aplicación a la trabajadora con cargo de confianza. Por el contrario, con la evolución de la normativa sobre la materia se advierte que este principio comprende a todo tipo de madre sin distinción alguna.
- 6.1.2.** La protección hacia la madre en estado de gestación cuenta con sustento nacional e internacional, tal como se advierte en los artículos 4° y 23° de la Constitución, en los cuales se estableció como obligación del Estado la protección especial a la madre que trabaja, y los artículos 6.2° y 11.2° del Protocolo de San Salvador y el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, respectivamente, los cuales establecen que la trabajadora debe tener la facultad de hacer efectivo su derecho al empleo, prohibiéndose así el cese por motivo de embarazo.
- 6.1.3.** Nuestra normativa vigente contempla que el derecho al empleo tiene como una de sus vertientes el derecho a no ser cesado si no existe motivo válido contemplado en la ley. En caso se incurra en un despido arbitrario (sin causa justa), el trabajador a quien se le lesionó su derecho tendrá el derecho a que se active la tutela restitutoria o resarcitoria, según corresponda.
- 6.1.4.** Se ha establecido en nuestro marco jurídico como presunción legal que el despido de una trabajadora incurrirá en nulidad si el cese se efectúa durante el periodo de gravidez, en cuyo caso la consecuencia jurídica es la reposición. No obstante, la presunción legal antes mencionada no es absoluta, pues una trabajadora en estado de gestación si puede ser cesada durante este periodo si quien le brinda trabajo prueba que existe un motivo válido para ello.
- 6.1.5.** No se excluye de los alcances de la tutela resarcitoria y reparatoria al personal con cargo de confianza. En efecto, ni el texto constitucional actual ni la LPCL han determinado exclusión alguna respecto a este tipo de trabajadores; por ende, éstos también cuentan con protección frente al despido arbitrario.
- 6.1.6.** De una lectura del artículo 22° y siguientes de la LPCCL se puede advertir que la pérdida de la confianza no ha sido considerada como una justificación válida de cese que esté

vinculada con la capacidad o conducta de quien presta servicios. Por ende, será contrario a la normativa vigente despedir a un trabajador bajo la causal bajo comentario, en cuya situación el trabajador podrá solicitar el otorgamiento de la indemnización contemplada en la LPCL, conforme fue reconocido por diversos autores y establecido como primer criterio por el máximo intérprete de la carta magna y la Corte Suprema.

6.1.7. En ese contexto, el planteamiento jurisprudencial actual relativo a que no corresponde el otorgamiento de una reparación económica ante el despido arbitrario de un trabajador de confianza que siempre ocupó un cargo de tal naturaleza dista de lo contemplado en nuestra normativa actual, ya que, como bien se indicó en el apartado anterior, no se ha excluido de la facultad de acceder a una tutela resarcitoria y reparatoria a este tipo de trabajadores y este tipo de cese no calza en ninguna causal contemplada en la ley.

6.1.8. Finalmente, respecto a la carga probatoria, nuestro ordenamiento únicamente obliga a que a trabajadora gestante pruebe que su empleador tenía conocimiento sobre su estado de gravidez, no siendo obligación de la trabajadora probar algún hecho adicional ni mucho menos evidenciar que el retiro o pérdida de confianza correspondió a su estado de embarazo.

6.2. Conclusiones específicas

6.2.1. Discrepamos de lo resuelto por el Juzgado, la Sala y la Corte Suprema debido a que, sin analizar debidamente que la demandante era una trabajadora gestante (quien es sujeto de especial protección constitucional), desestiman la demanda únicamente examinando que la demandante siempre fue una trabajadora de confianza, respecto a la cual la jurisprudencia -erradamente- consideró que no le correspondía una indemnización por despido arbitrario.

6.2.2. En vez de usar un criterio que no solo es contrario a nuestro ordenamiento jurídico, sino que no tiene la calidad de ser vinculante, la Corte Suprema pudo construir una sentencia a favor de los derechos laborales de la madre trabajadora, analizando en la casación aspectos como el principio protector hacia la trabajadora gestante y el derecho a la

adecuada protección contra el despido arbitrario, así como analizar la carga probatoria en un caso de despido nulo por embarazo.

6.2.3. Por el contrario, la Corte Suprema declaró que la demandante no había sido víctima de despido nulo, cuando en los hechos si lo había sido, debido a que el principio protector hacia la madre trabajadora no excluye de sus alcances a las trabajadoras con cargo de confianza; por ende, la demandante solo podía ser despedir si existía una causa válida para ello, no obstante, dado que el retiro de la confianza no ha sido considerado como una justificación válida para el cese de un trabajador, la demandante tenía derecho a acceder a los tipos de tutela contemplados para el despido arbitrario. Siendo ello así, y sin desconocer la naturaleza subjetiva del cargo de confianza de la demandante, ésta tenía derecho a que se le otorgue la reparación económica prevista para el despido.

6.2.4. Finalmente, consideramos que la demandante fue víctima de un despido nulo que se originó por su embarazo, debido a que sí cumplió con la carga probatoria que le confiere la ley, esto es, cumplió con presentar documentación que evidencia que EsSalud sí tuvo conocimiento de su estado de gravidez de forma escrita y previa a la fecha de cese, no correspondiéndole obligación alguna adicional sobre la carga probatoria, sino más bien al demandado de probar que la causa de cese no correspondió al estado de la demandante. Por ello, lo establecido por la Sala respecto a la carga de la prueba resulta contrario a derecho, pues consideró que la demandante no cumplió con probar que el retiro o pérdida de la confianza se debió a que se encontraba en estado de gestación, aspecto que no le corresponde probar a esta parte.

7. RECOMENDACIONES A CONSIDERAR

7.1. Se recomienda tomar en consideración los conceptos y premisas expuestos en el presente informe jurídico, a fin de que en los próximos pronunciamientos que se emitan sobre trabajadoras gestantes con cargos de confianza prime el principio protector hacia la madre gestante y el interés superior del niño.

7.2. Se recomienda se realice un análisis acorde a nuestro ordenamiento jurídico -en especial, respecto a la adecuada protección contra el despido arbitrario- sobre los niveles de

protección del personal de confianza y los casos en los cuales a este personal se le retira dicha confianza, teniendo presente además que existen casos donde las trabajadoras son madres gestantes.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aparicio Aldana, R. (2019) Convenio sobre la protección de la maternidad 1919 (núm. 3). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 425-440.

Arce Ortiz, E. (2006) La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección. *Revista Peruana de Jurisprudencia* N° 63, 117-126.

Blancas Bustamante, C. (1991) El derecho de la estabilidad en el trabajo. *Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC*, 76.

Caamaño Rojo, E. (2009). Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombre y mujeres en el trabajo. *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXXIII, 175-214.

Caceres Paredes, J. (s.f.) Determinación probatoria del despido nulo en sede judicial. *Boletín* N° 64.

Concha Valencia, C (2014) *Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional*. [Tesis para obtener el grado de Magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Coloma Cieza, E. (2016) La estabilidad laboral de los trabajadores de confianza en debate. *Revista Asesoría Laboral*, N° 310, 23-31.

Constitución Política del Perú [Const]. Arts. 4 y 23. 31 de octubre de 1993 (Perú)

Constitución Política del Perú [Const]. Art. 25. 12 de julio de 1979 (Perú)

Convenio N° 3 - Convenio sobre la protección de la maternidad. Artículos 1°, 3° y 4°. 29 de octubre de 1919.

Convenio N° 103 - Convenio sobre la protección de la maternidad. Artículos 1° al 6°. 4 de junio de 1952.

Convenio N° 183 - Convenio sobre la protección de la maternidad. Artículos 1° al 11°. 30 de mayo de 2000.

Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación Laboral N° 4396-2017 Lima, 11 de julio de 2018.

Corrales Melgarejo, E. y Ulloa Gamarra, C. (2021) Derechos laborales de la madre trabajadora. *Revista Especializada de Derecho Laboral*, 06-16.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2019) *Informe N° 145-2019-MTPE/2/14.1*.

Landa Arroyo, C. (2014). El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. *Revista de Derecho de Themis N° 65*.

Organización Internacional del Trabajo (2010). La maternidad en el trabajo: Examen de la legislación laboral – Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_142159/lang--es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo (s/f). No discriminación laboral de las mujeres y protección de la maternidad.

Organización Internacional del Trabajo (2012). Kit de recursos sobre la protección de la maternidad: Del anhelo a la realidad para todos.

Poder Judicial del Perú. Pleno jurisdicción distrital virtual en materia laboral. 9 de octubre de 2020.

Tribunal Constitucional. Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia N° 424/2020, Expediente N° 00677-2016-PA/TC.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Expediente N° 05652-2007-PA/TC.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Expediente N° 00388-2013-PA/TC.

Tribunal Constitucional. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Expediente N° 746-2003-AA/TC.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Expediente N° 746-2003-AA/TC.

Tello Guerrero C., Cuzcano Uchuya A., Durand Bustamante K. y Villa Villavicencio N. (2021). COVID-19: Derechos laborales de la madre trabajadora en etapa de gestación y lactancia. *Boletín informativo laboral N° 116*.

Toyama Miyagusuku, J. y Merzthal Shigyo, M. (2014) Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza. *Revista de Derecho Themis N° 65*.

Toyama Miyagusuku, J. (2016) Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo. *Revista IUS ET Veritas N° 52*, p. 232-257.

Toyama Miyagusuku, J (2005) Instituciones del derecho laboral. *Gaceta Jurídica*, 501.

Ulloa Millares, D. (2019) Discriminación en la regulación peruana del descanso por maternidad y paternidad. *Revista de Derecho de Themis N° 75*.

Ulloa Millares, D. (2011) El despido libre de los trabajadores de confianza. *Revista IUS ET Veritas N° 43*, 196-2006

Velez Velasquez, B. (2011) Consecuencias por despido de mujer en estado de embarazo.

Puntriano Rosas, C. (2018) El retiro de confianza como causa de despido.
<https://laley.pe/art/4716/el-retiro-de-confianza-como-causal-de->





**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14758-2017
LAMBAYEQUE
Nulidad de despido
PROCESO ABREVIADO - NLPT**

SUMILLA: Los trabajadores que asumen un cargo de confianza, están supeditados a la "confianza" de su empleador, por lo que la pérdida de la misma puede ocurrir en cualquier momento no pudiendo acarrear la nulidad del despido.

Lima, veintiocho de marzo de dos mil diecinueve

VISTA; la causa número catorce mil setecientos cincuenta y ocho, guion dos mil diecisiete, guion **LAMBAYEQUE**, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante, **Esther del Milagro Hernández Rodríguez**, mediante escrito presentado el veintiuno de junio de dos mil diecisiete (fojas ciento cuarenta y ocho a ciento cincuenta y uno), contra la **Sentencia de Vista** del diecinueve de junio de dos mil diecisiete (fojas ciento treinta y cinco a ciento cuarenta y dos), que **confirmó** la **Sentencia** apelada del veintiséis de enero de dos mil diecisiete (fojas ciento doce a ciento diecinueve), que declaró **infundada** la demanda; en el proceso abreviado laboral sobre nulidad de despido seguido con la demandada, **Essalud**.

CAUSAL DEL RECURSO

Mediante resolución del diecisiete de agosto de dos mil dieciocho (fojas cincuenta a cincuenta y tres del cuaderno de casación), se declaró procedente el recurso interpuesto por la causal de **infracción normativa del inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 30367**, correspondiendo emitir pronunciamiento sobre la citada causal.



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14758-2017
LAMBAYEQUE
Nulidad de despido
PROCESO ABREVIADO - NLPT**

CONSIDERANDO

Primero. De la pretensión demandada y pronunciamiento de las instancias de mérito

A fin de establecer si en el caso de autos se ha incurrido o no en la infracción normativa reseñada precedentemente, es necesario realizar las siguientes precisiones fácticas sobre el proceso:

a) Pretensión demandada. De la revisión de los actuados se verifica la demanda interpuesta por doña Esther del Milagro Hernández Rodríguez contra Essalud (fojas cincuenta y tres a cincuenta y nueve), en la que solicitó como pretensión principal que se declare nulo el despido realizado en su contra estando en período de gestación (embarazada), reservándose el derecho de opción de reposición o indemnización en su oportunidad y accesoriamente, peticiona el pago de las remuneraciones, intereses legales con condena de costos del proceso.

b) Sentencia de primera instancia. La jueza del Octavo Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, a través de la Sentencia emitida el veintiséis de enero de dos mil diecisiete (fojas ciento doce a ciento diecinueve) declaró infundada la demanda.

La juzgadora considera que el único indicio que existe referido a que el despido sufrido por la actora se debió a su embarazo es el hecho de haber comunicado del mismo en el mes de abril a la entidad demandada, por lo que se concluye que habiendo la demandante ingresado a laborar para la emplezada como trabajadora de confianza, el retiro de la misma constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, por lo que no se configura la causal de despido por estado de gestación o embarazo.



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14758-2017
LAMBAYEQUE
Nulidad de despido
PROCESO ABREVIADO - NLPT**

c) Sentencia de segunda instancia. Por su parte, el Colegiado de la Segunda Sala Laboral de Lambayeque de la misma Corte Superior de Justicia, confirmó la sentencia apelada, sosteniendo que el hecho de que la demandante hubiera acreditado ante su empleador su estado de gravidez el quince de abril de dos mil dieciséis y que éste hubiera procedido a retirarle la confianza a la actora y dar por concluida su designación mediante la Resolución de Gerencia General N° 585-GG-ESSALUD-2016 del trece de mayo de dos mil dieciséis no acredita que se hubiera configurado la causal de despido nulo prevista en el inciso e) del artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Asimismo, el Colegiado Superior expresa que en autos, la demandante no ha aportado medios probatorios que permitan extraer indicios relativos a que la decisión del empleador de retirarle la confianza tuviera por motivación su estado de gestación, más aún, si el presente caso se trata de una situación especial constituida por el hecho que la accionante desde el inicio de su relación laboral se desempeñaba en un cargo de confianza establecido como tal en la estructura orgánica de la demandada, respecto del cual, no existe controversia.

Segundo. Infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello, que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa, quedan comprendidas en el mismo las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la antigua Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, aunque la Ley N° 29497 incluye además a las normas de carácter adjetivo.



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14758-2017
LAMBAYEQUE
Nulidad de despido
PROCESO ABREVIADO - NLPT**

Tercero. Delimitación del objeto de pronunciamiento

Conforme a la causal de casación declarada procedente en el auto calificadorio del recurso, la presente resolución debe circunscribirse a determinar si se ha incurrido en *infracción normativa del inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, modificado por el artículo 1° d e la Ley N° 30367.*

Cuarto. Dispositivo legal en debate

El inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 30367 prescribe:

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

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

Quinto. Evolución legislativa de la noción de cargo de dirección y de confianza

El tema de los trabajadores de confianza al servicio de un empleador particular originalmente estuvo restringido al caso de los gerentes a que se refería la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123, sustituida posteriormente por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Sociedades, aprobado por Decreto



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14758-2017
LAMBAYEQUE
Nulidad de despido
PROCESO ABREVIADO - NLPT**

Supremo N° 003-85-JUS, a su vez reemplazada por la vigente Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

Distinto fue el caso en el régimen laboral público donde sí existió una detallada normatividad sobre cargos de confianza.

En el ámbito del Derecho Laboral el régimen de los trabajadores de confianza recién va a ser objeto de una adecuada regulación por el artículo 15° de la Ley N° 24514, el cual establecía que los cargos de confianza solo podrían ser desempeñados por trabajadores empleados.

Con la promulgación en 1991 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, se establecieron por primera vez diferencias entre los trabajadores de dirección y los trabajadores de confianza. Las posteriores modificaciones que ha sufrido esta norma han mantenido esta diferencia, la que actualmente se encuentra en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante LPCL).

Sexto. Definición de trabajadores de confianza

El artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR señala:

[...]

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14758-2017
LAMBAYEQUE
Nulidad de despido
PROCESO ABREVIADO - NLPT**

Sobre el particular, el autor Jorge Toyama Miyagusuku opina lo siguiente:

Son personas que prestan servicios en íntima relación con los de dirección; pueden tener acceso a documentación e información confidencial y reservada; pueden presentar informes esenciales o estratégicos para el desarrollo de la actividad empresarial. Por ejemplo, los abogados, contadores, auditores que no ocupan cargos de dirección (en concreto, los abogados del área legal que laboran bajo la dirección del jefe del área que es un personal de dirección), los asistentes de los directores, etc., también ingresan en esta categoría¹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el considerando 3. de la sentencia emitida en el Expediente N° 1042-2007-PA/TC ha estado bleedido:

La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral. En el presente caso, el recurrente tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado mediante Resolución N° 018-06-GR/PRES, de fecha 18 de enero de 2006, que corre a fojas 29, era de confianza; en consecuencia, no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la referida designación.

Es decir, que para el Tribunal Constitucional, el retiro de confianza del empleador no supone un despido arbitrario.

Sétimo. Análisis y solución del caso en concreto

Se advierte de autos, que la demandante ingresó a laborar a la entidad emplazada mediante Resolución de Gerencia General N° 163-GG-ESSALUD-2015 de fecha veintiocho de setiembre de dos mil quince en el cargo de confianza de jefe de la Unidad de Almacenes y Distribución, nivel Ejecutivo 6 de la Oficina de Adquisiciones de la Oficina de Administración de la Red Asistencial Lambayeque “Juan Aita Valle” (fojas dos a tres), habiendo suscrito contrato de

¹ Toyama Miyagusuku, Jorge: El Derecho Individual del Trabajo en el Perú, Primera Edición 2015, Gaceta Jurídica S.A., Lima-Perú, p. 410



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14758-2017
LAMBAYEQUE
Nulidad de despido
PROCESO ABREVIADO - NLPT**

trabajo, donde consta que su cargo era de confianza, habiendo iniciado sus labores a partir del nueve de octubre de dos mil quince (fojas cuatro a cinco).

Posteriormente, mediante carta N° 122-UACyD-OA-OADM-GRALA-ESSALUD-2016 de fecha quince de abril de dos mil dieciséis, la actora comunicó a la Gerente Asistencial Lambayeque de la entidad demandada su estado de gravidez y la fecha prevista para el parto, el veintiséis de agosto de dos mil dieciséis (fojas nueve a diez), luego de lo cual, mediante Resolución de Gerencia General N° 585-GG-ESSALUD-2016 de fecha trece de mayo de dos mil dieciséis, se le retiró la confianza a la demandante en el referido cargo.

Ante tal situación, la accionante solicita la nulidad de su despido por la causal contemplada en el inciso e) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, alegando que su despido se debió a su estado de embarazo.

Siendo así, debemos señalar que, el puesto de trabajo de la demandante fue calificado desde un inicio por la demandada como uno de confianza, condición que no fue cuestionada por la actora sino aceptada, pues, suscribió el referido contrato.

Ahora bien, los trabajadores comunes u ordinarios gozan de estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos sino por causa prevista en la ley; mientras que los trabajadores que asumen un cargo de confianza, están supeditados a la “confianza” de su empleador, por lo que, el retiro de la misma constituye una situación especial (así denominado por el aludido Decreto Supremo N° 003-97-TR al ubicarlo en el capítulo VI de su Texto Único Ordenado) que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva a diferencia de los despidos por causa grave que son de carácter objetivo.



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14758-2017
LAMBAYEQUE
Nulidad de despido
PROCESO ABREVIADO - NLPT**

En el presente caso, se aprecia que la demandante siempre se desempeñó en el cargo de confianza de jefe de Unidad de Almacenes y Distribución nivel Ejecutivo 6 de la Oficina de Adquisiciones de la Oficina de Administración de la Red Asistencial Lambayeque “Juan Aita Valle”, no pudiendo su calidad de embarazada convertirla en trabajadora permanente, por lo que, la pérdida de confianza no acarrea la nulidad del despido.

Octavo. Que, tanto el juez especializado de trabajo como la Sala Laboral Superior han concluido que por su condición de trabajadora de confianza la demandante no está amparada contra el despido nulo; más aún si el retiro de confianza no es un concepto similar al despido.

Noveno. En consecuencia, el Colegiado Superior no ha incurrido en infracción normativa del inciso e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 30367, deviniendo la causal bajo análisis en **infundada**.

Por estas consideraciones:

FALLO:

Declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante, **Esther del Milagro Hernández Rodríguez**, mediante escrito presentado el veintiuno de junio de dos mil diecisiete (fojas ciento cuarenta y ocho a ciento cincuenta y uno), en consecuencia **NO CASARON** la Sentencia de Vista del diecinueve de junio de dos mil diecisiete (fojas ciento treinta y cinco a ciento cuarenta y dos) y **ORDENARON** la publicación de la presente



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14758-2017
LAMBAYEQUE
Nulidad de despido
PROCESO ABREVIADO - NLPT**

resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en el proceso abreviado laboral seguido con la demandada, **Essalud**, sobre nulidad de despido; interviniendo como ponente el señor juez supremo **Arévalo Vela** y los devolvieron.

S.S.

ARÉVALO VELA

UBILLUS FORTINI

YAYA ZUMAETA

MALCA GUAYLUPO

ATO ALVARADO

RHC/EEH