



EXP. N° 25719-2013-0-1801-JR-LA-13 (Expediente Físico)

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

CANALES VIDAL

GONZALEZ SALCEDO

Juzgado de Origen: 13° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente

Vista de la Causa: 07/12/2020

***Sumilla:** El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera.*

SENTENCIA DE VISTA

Lima, veintiuno de enero del dos mil veintiuno.-

VISTOS: Observando las formalidades previstas por el artículo 131° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interviene como ponente el señor **Juez Superior Yangali Iparraguirre** con adhesión del señor Juez Superior **Canales Vidal** así como del señor Juez Superior **Gonzalez Salcedo**, más el voto en discordia del señor Juez Superior **Burgos Zavaleta**; por lo que, esta Octava Sala Laboral emite resolución con base en lo siguiente:

I. PARTE EXPOSITIVA:

I.1.- Objeto de la revisión

Viene en revisión a ésta instancia el recurso de apelación interpuesto por las partes procesales, contra la Sentencia N° 018-2019 contenida en la Resolución N° 24, de fecha 25 de enero de 2019, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, determinando lo siguiente:

- a) Infundada las excepciones de falta de legitimidad para obrar, caducidad, prescripción extintiva y representación defectuosa pasiva de la empresa NESTLE PERU.
- b) Admitir la desnaturalización de los contratos celebrados entre las empresas codemandadas LP SERVICIOS TEMPORALES S.R.L.,



SERVICIOS INTEGRALES VALPARAISO L.T.D.A., MAN POWER PROFESSIONAL SERVICES S.A., L&P ASOCIADOS S.A.C. y NESTLÉ PERU S.A.; admitiendo la existencia de una relación laboral entre la parte demandante con la empresa NESTLE PERU S.A. conforme a la aplicación del Decreto Legislativo N° 728.

- c) Expedir el certificado de trabajo correspondiente al periodo octubre de 1986 a setiembre de 2013.
- d) Abonar la suma de S/.629,300.00 por los conceptos de utilidades, indemnización por despido arbitrario y daño moral.
- e) Se paguen los intereses legales, costas y costos procesales.

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

La parte demandante, **ROSA CECILIA DIAZ DIAZ**, en su recurso de apelación, refiere que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, señalado los siguientes agravios:

- i. El despacho incurre en error al momento de denegar el reintegro de remuneraciones, beneficios sociales y comisiones, conforme a la designación de una homologación con los trabajadores de la empresa principal; por cuanto el reintegro de la misma se conforma en base al principio de "a igual trabajo igual remuneración", así como el desempeño de similares funciones laborales y una real vinculación con el empleador Nestlé Perú S.A. Por ello, ha resultado imposible que la parte demandante haya podido obtener medio probatorio idóneo que permita determinar y causar certeza de lo demandado, pues en el proceso si se ha probado que la parte demandante ha desempeñado diversos cargos (degustadora, impulsadora, mercaderista, vendedora, coordinadora de proyectos, coordinadora regional, ejecutiva de ventas) y que el mismo no ha recibido cuestionamiento alguno por parte de Nestlé Perú S.A. (Agravio N° 01)
- ii. Al existir elementos suficientes para demostrar la desnaturalización de los contratos de intermediación y tercerización laboral, no existe elementos suficientes para poder sustentar una diferencia remunerativa; en cuanto no se ha demostrado la diferencia de trato entre las remuneraciones de los trabajadores con los trabajadores de la empresa Nestlé del Perú S.A. (Agravio N° 02)

La parte demandada, **NESTLÉ DEL PERU S.A.**, en su recurso de apelación, refiere que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, señalado para ello los siguientes agravios:

- i. El Despacho ha incurrido en diversos vicios que afectan el derecho a la Defensa y el Debido Proceso, por cuanto no se ha permitido formular los argumentos detallados dentro de la contestación de la demanda (a pesar de haberse concedido un mayor tiempo ofrecido) y permitir la declaración de testigos ofrecidos por la parte demandante (con el objeto de determinar la pretensión de homologación así como la



- desnaturalización de la descentralización productiva), por no evaluar los requisitos mínimos de admisión establecidos en el artículo 223° del Código Procesal Civil. (Agravio N°01)
- ii. No se ha considerado que la empresa contrató los servicios de L&P Asociados para desarrollar los servicios de impulso y mercaderismo, conforme a la modalidad de descentralización productiva; por lo que, a pesar de no contar con los contratos, la parte demandante no tiene la obligación de contar con documentos que superen los 05 años de antigüedad. (Agravio N°02)
 - iii. Con relación a la cooperación comercial entre la empresa Nestlé del Perú S.A. y Servicios generales Valparaiso L.T.D.A., el órgano jurisdiccional ha empleado una interpretación arbitraria al momento de advertir una relación directa con la empresa principal, pues los medios probatorios ofrecidos solamente se sujetan al periodo en el que desempeñó su actividad como suplente; en ese sentido, al no existir un correo electrónico que se sujete a una etapa diferente a la misma, tal situación probatoria no es idónea, en cuanto tal correo ha sido desactivada una vez terminada la suplencia, mientras que otros correos han sido enviados mediante una cuenta personal (en donde solamente actos de coordinación del servicio contratado). (Agravio N°03)
 - iv. Respecto a la relación entre la empresa Nestlé del Perú S.A. y L&P Servicio Temporal S.R.L., la desnaturalización del régimen de intermediación es arbitrario, pues no se ha valorado que la parte demandante ha desarrollado actividades de suplencia; pues tal actividad se encontraba contemplado en el régimen de intermediación laboral. Asimismo, se deberá tener presente que las empresas usuarias se encuentran facultadas de brindar herramientas de trabajo a los trabajadores destacados (tal como el correo electrónico o la asignación de un teléfono). (Agravio N°04)
 - v. Con respecto al vínculo comercial entre Nestlé del Perú S.A. y Manpower Professional Services S.A. sujeta al régimen de tercerización laboral, se deberá tener presente que la actividad ejercida por la empresa Manpower Professional Services S.A. ha sido ejecutada con completa autonomía, en cuanto era la única autorizada para mandar la ejecución de los servicios; en ese sentido, de la revisión de los correos electrónicos, se podrá apreciar la inexistencia de ordenes brindadas por la empresa principal. (Agravio N°05)
 - vi. Sobre el pago de las utilidades, no se aprecia un argumento válido para haber asignado tal concepto, si se tiene presente que el mismo estaba relacionado necesariamente con el reconocimiento de homologación de remuneraciones con los trabajadores de la empresa Nestlé del Perú S.A.; en ese sentido, todo conceptos que se encuentre sujeto a la pretensión de homologación de sueldos deberá ser desestimado. (Agravio N°06)
 - vii. No se ha presentado un solo argumento razonable para poder equiparar una renuncia formulada por la parte demandante puede ser calificada como despido arbitrario, por cuanto no existe una razón por el cual se deba iniciar un procedimiento previo de despido para poder validar una renuncia tal como se señala en la sentencia; en ese sentido, se aprecia



u vicio de motivación, al no advertir el acto voluntario de la renuncia. Con esto, no se aprecia un medio probatorio adecuado para poder sustentar que la renuncia ha estado condicionada a un acto de coacción, para poder admitir una pretensión de indemnización por despido arbitrario (Agravio N°07)

- viii. La asignación del concepto de daño moral en el presente caso es irrazonable, pues el único acto que ha sustentado la asignación del daño ha sido la constitución de la extinción de la relación laboral, mas no a la causal de desnaturalización de la tercerización; además, tampoco se ha presentado un medio probatorio idóneo para poder evaluar la constitución de un daño moral. (Agravio N°08)

La parte codemandada, **L&P ASOCIADOS S.A.C.**, en su recurso de apelación, refiere que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, señalado para ello los siguientes agravios:

- i. El Despacho no ha probado algún contrato de tercerización celebrado con la empresa Nestlé del Perú S.A. para poder admitir que se habría vinculado con la parte demandante en el periodo 1986 a 1996; por cuanto la liquidación de los beneficios sociales o la declaración testimonial de doña Amalia Anto (al no haberse demostrado la trabajadora de la empresa Nestlé del Perú S.A.), solamente son medios probatorios insuficientes para poder demostrar la existencia del citado contrato. (Agravio N°01)
- ii. Existe un error al otorgar un valor legal a un contrato que no ha sido presentado y que ni siquiera se conoce sus estipulaciones, tal como se puede evaluar con los medios probatorios ofrecidos. (Agravio N°02)

II. PARTE CONSIDERATIVA:

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

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

.....



CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTIAS CONSTITUCIONALES

SEGUNDO: Sobre la Motivación de las Resoluciones Judiciales.- El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política de I Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera¹.

Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado- constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa²; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N° 4215 -2010-PA/TC , N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegio do constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia por el cual:

”La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...) De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables” (...) El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

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

¹ LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 532.

² Ibidem, pág. 532



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

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

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



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

.....

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECÍFICO

Ahora bien, al estar conforme con los considerandos expuestos por el vocal ponente Burgos Zavaleta referente a la causal de desnaturalización de los contratos de intermediación y tercerización suscritos por las empresas demandadas, el objeto de la presente resolución se centrará en cuestionar la determinación probatoria con respecto a la pretensión de homologación de remuneraciones (así como su incidencia en el reintegro de los beneficios sociales, utilidades así como las comisiones), el pago de una indemnización por despido arbitrario y la asignación de un daño moral conforme a la constitución de un cese unilateral de la relación laboral.

Por ello, al advertirse una serie de deficiencias de motivación por parte del órgano jurisdiccional de primera instancia, corresponderá admitir una nulidad de la sentencia, conforme a la primacía de derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Política del Perú.

.....

CUARTO: El derecho constitucional a la Remuneración.- El derecho a la remuneración reconocido en el artículo 24° de la Constitución Política del Perú reconoce que todo trabajador, sin distinción, tendrá el derecho de percibir una retribución en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, pues, el presente derecho posee una naturaleza alimentaria, al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, la igualdad y la dignidad de la persona humana; al adquirir diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana.

De esta manera, fluye del principio por el cual nadie se encontrará obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, pues la remuneración como tal constituye una contraprestación por los servicios del trabajador, al ser de libre disposición, y tener un carácter claramente alimentario, en donde su pago tendrá prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, conforme al mandato reconocido en los artículos 23° y el segundo párrafo del artículo 24° de la Constitución Política del Perú. Con ello, la remuneración también implica un modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo.

En efecto, la propia doctrina ha precisado que la remuneración, o salario, podrá ser definida como toda prestación que el empleador deba al trabajador



como consecuencia de la relación de trabajo **en forma permanente**, el cual podrá ser valorada a través de diversos elementos tales como el tiempo, la unidad de producción, su vinculatoriedad directa (bonificaciones o incentivos) o su relación indirecta (vacaciones, gratificaciones, CTS, etc.); en donde su modalidad de prestación se **sujetara a la vigencia de la relación de trabajo o el reconocimiento judicial de la misma**, en donde tal declaración regirá la eficacia del pago de remuneración por el periodo no laborado o abonado en forma diminuta, conforme a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad.

QUINTO: Para ello, el órgano de control de la constitución refiere, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0020-2012-P1/TC, que el derecho a la remuneración:

"Fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 in fine y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica una modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo (...) En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último, reflejando una concepción totalizadora de la remuneración establecido en la Constitución".

Ahora bien, a nivel legislativo, el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR precisa de forma expresa:

"Constituye como remuneración para todo efecto legal el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituía remuneración computable para efecto del cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficios de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro directo".

SEXTO: Del derecho constitucional a la igualdad y el concepto de homologación de remuneraciones.- El Derecho a la Igualdad ante la Ley (consagrado en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú) aparte de ser un derecho fundamental, también es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos; pues se trata de un reconocimiento por el cual todo



ciudadano no podrá ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (esto es: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" o "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes.

Asimismo, dentro del presente derecho, también se ha precisado que no toda desigualdad constituirá necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino un trato desigual el cual carezca de una **justificación objetiva y razonable**³. En efecto, la aplicación del principio de igualdad no excluirá un tratamiento desigual, por ello, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables; en donde una parte no podrá modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Por tal razón, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 2537-2002-AA/TC y N° 02861-2010-PA/TC, el propio TC ha concluido que el presente derecho constitucional se sujetan en los siguientes términos:

“(…) La igualdad, como derecho fundamental, está consagrada por el artículo 2.2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(…) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. (...) Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (...) Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de

³ En el Exp. N° 2537-2002-AA/TC, el propio Tribunal Constitucional precisó que “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. Así, también el artículo 14 dice que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”.



igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables (...)"

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

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

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

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

OCTAVO: Asimismo, a nivel jurisprudencial, de la revisión de los Exp. N° 008-2005-PI/TC y N° 04922-2007-PA/TC, se podrá apreciar que el órgano de control de la constitución ha establecido el derecho a la igualdad en materia remunerativa, por cuanto:

"(...) La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. Así el artículo 103° de la Constitución Política del Perú compromete al Estado a expedir leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencias de las personas. En tal sentido la igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato - obliga a que la conducta ya sea del Estado o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no genera una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria (...) Sobre el particular este Colegiado ha precisado la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución" (Exp. N° 008-2005-PI/TC)



"(...) *La discriminación en materia laboral, estrictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: 1) acción directa: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad; y 2) por acción indirecta: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.*" Por tanto dichas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes: Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo. Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.)". (Exp. N° 04922-2007-PA/TC)

Tan es cierto lo afirmado, que recientemente la propia Corte Suprema ha expedido la Casación N° 20121-2016-Lima, por el cual se ratifica esta modalidad de interpretación, al sostenerse:

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

NOVENO: Con respecto al concepto ordinario de homologación de remuneraciones, se deberá tener presente que el mismo se sujeta a un criterio jurisdiccional muy estricto y rígido; en cuanto que la homologación solamente se admitirá en una exacta comprobación de diversos criterios de comparación similar de los siguientes elementos:

- i) La procedencia del demandante y del homólogo propuesto, con el cual se realizan las comparaciones.
- ii) La categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo propuesto y el demandante.
- iii) La antigüedad laboral en la empresa.
- iv) Las labores realizadas por el demandante y el homólogo propuesto.



v) Una correcta diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que se perciben en el caso del demandante y el homólogo propuesto; entre otros que se puedan considerar necesarios y razonables.

Por ello, de la revisión de los considerandos establecidos en la Casación N° 208-2005-Pasco y en la N° 16927-2013-Lima, se podrá apreciar que la Corte Suprema ha precisado los criterios mínimos que se deberán de tomar en cuenta al momento de comparar la situación de homologación de remuneraciones, pues:

“(...) El análisis de la homologación se debe realizar aplicando parámetros objetivos de comparación entre el demandante y el homólogo ofrecido, en los cuales se evalúen, entre otros factores, los siguientes: 1) La empresa proveniente, 2) La trayectoria laboral, 3) Las funciones realizadas, 4) La antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso, 5) El nivel académico alcanzado y la capacitación profesional, 6) La responsabilidad atribuida y 7) La experiencia y el bagaje profesional. (...) Todos ello a efectos de contrastar fehacientemente si ha acaecido algún supuesto de discriminación salarial que vulnere el principio derecho de igualdad; más aún, si el empleador se encuentra en potestad de realizar el pago de remuneraciones diferenciadas a sus trabajadores, siempre que dicha diferenciación se otorgue sobre la base de factores legítimos, razonables y objetivos (...)”

DECIMO: Sobre la aplicación de la carga dinámica de la prueba en la determinación de homologación de remuneraciones.- La carga dinámica de la prueba reconoce constitucionalmente varias reglas de valoración probatoria, por cuanto dentro del derecho constitucional no requiere una lista taxativa de carga probatoria o valoración de las mismas, por cuanto aquella modalidad se sustenta en la dificultad probatoria de una de las partes para producir una prueba que beneficie a su interés, así como en la facilidad probatoria de la otra para aportar la misma al proceso puede ser incluida en el grupo de estas reglas por quien ostenta un mayor poder material de acceder o conservar un elemento de prueba.

En ese sentido, la base de la prueba dinámica se aleja notoriamente del rol ordinario de la carga de la prueba a cada una de las partes, el cual se puede apreciar de los artículos 23.1° y 29° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497⁴, se podrá flexibilizar dentro de una óptica constitucional, por cuanto una carga dinámica si flexibiliza la rigidez de una valoración probatoria, el cual se podrá ceñir a las circunstancias fácticas que se adviertan en cada caso.

DECIMO PRIMERO: Para ello, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 1176- 2004-AA/TC, el propio Tribunal Constitucional ha señalado concretamente que la carga dinámica de la prueba garantiza el acceso al derecho constitucional a la prueba y en la posibilidad que la parte que posea las mejores condiciones sea el ente obligado a ofrecer el medio probatorio requerido; por ello, en el citado fallo, se ha precisado que:

⁴ El artículo 23.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 regula en forma expresa que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria.



"(...) Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva (...) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado (...)"

Asimismo, de la revisión de la sentencia recaída en los expedientes N° 0053-2004-PI/TC y N° 0041-2004-AI/TC, el propio órgano de control de la constitución reitera la viabilidad de la aplicación de la carga dinámica de la prueba en nuestro sistema jurídico, por cuanto se precisa que el objeto de aquella modalidad será la flexibilización de aquella carga por la posibilidad material de una de las partes de acceder a aquel material probatorio y la imposibilidad de la otra a acceder a los mismos, así, en tal fallo se precisa:

"(...) Debido a la complejidad técnica que supone demostrar lo que verdaderamente corresponde pagar de manera individualizada a cada contribuyente y el posible exceso en el cobro, el Tribunal considera que (...) la carga de la prueba en estos casos debe invertirse y recaer en la municipalidad, pues esta se encuentra en mejores condiciones técnicas para asumirla (...)"

DECIMO SEGUNDO: Por ello, al tener presente que la aplicación de la carga probatoria dinámica ya se encuentra sustentada dentro de la determinación de las horas extras a nivel jurisdiccional, no existe un rasgo diferenciador (desde un enfoque constitucional) para evitar que la misma modalidad interpretativa se pueda aplicar dentro de la figura de homologación de remuneraciones, por cuanto la Corte Suprema de la República estima que la valoración de una pretensión se sujetará a la valoración de una conducta reiteradamente obstruccionista de la parte demandada.

En ese sentido, si se aprecia lo resuelto en la Casación N° 17885-2017-Del Santa, tal órgano jurisdiccional admitió la posibilidad que los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía puedan obtener conclusiones sobre la conducta positiva y negativa de las partes involucradas, pues ahora un órgano judicial podrá tener determinadas valoraciones sobre lo pretendido si se aprecia una conducta obstruccionista, maliciosa y con la única finalidad de entorpecer la actividad probatoria; siempre y cuando aquella calificación de la conducta se encuentre razonablemente justificada.

DECIMO TERCERO: Así, al considerarse que la valoración de la conducta (conforme a los términos establecidos en la Casación N° 17885-2017-Del Santa) se sujetará a la siguiente premisa:

"(...) Se advierte que el Juez está facultado para extraer conclusiones en contra de las partes atendiendo a su conducta en el proceso, sobre todo cuando alguna de ellas ha



obstaculizado la actividad probatoria; sin embargo esta facultad no es absoluta, pues, el magistrado debe sustentar las razones por las cuales emplea la presunción legal, la cual deberá ser aplicada bajo un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. Es de precisar, que la doctrina ha señalado para la aplicación de la presunción, deben coexistir tres requisitos:

- a) la conducta debe ser manifiestamente contraria a la ética, lo cual se califica por la intención que impida o entorpezca la consecuencia de la verdad o utilizar medios de ataque o defensa manifiestamente infundados;*
- b) el magistrado debe sustentar las razones por las cuales emplea la presunción legal,*
- y c) debe entenderse que las conclusiones que puede sacar el juez son sólo de orden fáctico, para el establecimiento de los hechos, y en modo alguno puede servir como razón única o determinante de una sentencia que haga caso omiso de la cuestión de derecho (...)*

*En ese sentido, resulta claro que la prueba de las horas extras por tratarse de hechos extraordinarios dentro de la prestación del servicio, corresponde al demandante, y en el presente caso, **teniendo presente que el prestador del servicio no tiene la facilidad de acceso a los medios probatorios necesarios para demostrar las alegaciones, y, en virtud de que la carga de la prueba en el proceso laboral es dinámica, lo que implica que la mayor parte de ella debe recaer en la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar los medios probatorios,** ello conduce a concluir que la parte demandante ha satisfecho la carga de la prueba al solicitar la exhibición del libro de control de asistencia o cuaderno de asistencia o tarjetas de control de asistencia o documento que lo sustituya, y, del cuaderno de acontecimiento diario o documento que lo sustituya, máxime si se tiene en cuenta que en dichos registros deben anotarse los ingresos y salidas de todo el personal que ingresa al centro de trabajo. En ese contexto, debe apreciarse que la demandada no ha cumplido con la exhibición solicitada, sin que pueda razonablemente exigirse al trabajador que aporte mayor caudal probatorio, que no está en sus manos ni tiene acceso, por lo cual, el juzgado en la sentencia de primera instancia ha procedido a apreciar dicha conducta procesal de no contribuir a la finalidad del medio probatorio, extrayendo conclusiones del referido comportamiento de la codemandada en el proceso, todo lo cual es perfectamente válido por encontrarse dentro de las prescripciones del citado artículo 29° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, concordante con el artículo 282° del Código Procesal Civil. Asimismo, es de señalar que la conclusión que asume el Juez de la causa, resulta acorde con lo manifestado por la parte demandante en la audiencia de juzgamiento correspondiente, así como, con los efectos de la rebeldía automática, puesto que en la misma audiencia, se declara como tal a la demandada, lo que conduce a la presunción judicial en virtud tanto de la conducta procesal como de las reglas de experiencia, que durante su prestación de servicios ha laborado en sobretiempo. Precisándose que el pago de las horas extras reconocidas, han sido liquidadas de acuerdo a las boletas de pago conforme a lo fundamentado por la instancia de mérito, puesto que si bien se ha revertido la carga probatoria, sin embargo, la parte demandante en la audiencia de juzgamiento, no precisa que días laboró efectivamente (...)* **Por lo expuesto, estando a que la demandada no ha logrado cumplir con la carga probatoria revertida a ésta y que el accionante ha satisfecho su carga probatoria al ofrecer la exhibición de cuadernos de control de asistencia o cuaderno de asistencia o tarjetas de control de asistencia o documento que lo sustituya, y, del**



cuaderno de acontecimiento diario o documento que lo sustituya, la infracciones normativas denunciadas devienen en fundadas (...)"
"

Se aprecia que, en base a la aplicación de la carga de la prueba dinámica en materia constitucional y su restricta relación con la vigencia de los derechos constitucionales del derecho a la prueba, la razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad; esta **Vocalía Superior** fundamenta adicionalmente sus bases constitucionales y su anexión a la pretensión de la homologación de remuneraciones, por cuanto -a través de la aplicación de la carga dinámica de la prueba y la interdicción de la arbitrariedad- nuestros jueces de trabajo podrán valorar concretamente la **obstrucción de la actividad probatoria dentro de las diversas pretensiones formuladas**, mediante una situación objetiva y fundamentada, por cuanto la obstaculización de la actividad probatoria deberá ser clara, concreta y verificable

DECIMO CUARTO: Del caso en concreto (Agravios N° 01 y N° 02 de la parte demandante, Agravio N° 06 de la parte demandada).- De los actuados, la **parte demandante** sostiene que la sentencia venida en grado adolece de diversos vicios de motivación al momento de denegar la homologación de remuneraciones y su incidencia en los beneficios sociales así como en la participación de las utilidades; por cuanto no se ha considerado que esta parte se ha encontrado imposibilitada de acceder a los medios probatorios que posee la empresa Nestlé Perú S.A. para poder demostrar el trato discriminatorio en la asignación de las remuneraciones.

Asimismo, al tener presente que la parte demandante ha desempeñado diversos cargos (degustadora, impulsadora, mercaderista, vendedora, coordinadora de proyectos, coordinadora regional, ejecutiva de ventas) y advertir una causal de desnaturalización de los regímenes de tercerización e intermediación precedente; existe un acto de valoración discriminatoria por parte del órgano jurisdiccional, con respecto a la asignación de las remuneraciones por parte de la empresa Nestlé Perú S.A.

Ahora bien, la **parte demandada** indica la inexistencia de un argumento sólido para poder sustentar la asignación de utilidades dentro del presente caso concreto, por cuanto se aprecia que la pretensión de pago de utilidades ha estado intrínsecamente relacionada con la homologación de remuneraciones; por lo que, al haberse desestimado la pretensión de homologación, se deberá invalidar el pago de las utilidades.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que esta pretensión no ha sido amparable, por cuanto parte demandante no ha presentado medio probatorio idóneo para poder demostrar la validez de la homologación de remuneraciones; en ese sentido, a pesar de advertir una mejor capacidad probatoria de la parte demandada, la parte demandante debe ofrecer los medios probatorios idóneos.

DECIMO QUINTO: Para tal fin, esta **Vocalía Superior** considera pertinente que la determinación de una homologación de remuneraciones se sujetará a una



comparación razonable y equitativa de las funciones entre la parte demandante y el trabajador homólogo; para ello, se deberá evaluar una mayor capacidad de probanza que posee la parte demandada, que ostenta la calidad de empresa beneficiaria y empleador directo, así como la valoración de una presunta conducta obstruccionista, con el objeto de evitar el reconocimiento de un derecho.

En ese sentido, al apreciar que la empresa Nestlé del Perú S.A. ha tenido una mejor posición material en materia probatoria para confirmar o desvirtuar la pretensión de homologación de las remuneraciones, en cuanto se tiene presente que los trabajadores homólogos pertenecen a la planilla de la citada empresa; con ello, con el objeto de evaluar debidamente la validez de lo pretendido, el órgano jurisdiccional de primera instancia deberá requerir a la empresa Nestlé del Perú S.A. las boletas de pagos o la planilla de los trabajadores asignados como homólogos dentro de la demanda, para poder evaluar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Corte Suprema de la República a través de las casaciones N° 208-2005 -Pasco y en la N° 16927-2013-Lima.

Más aún, la inversión de la carga probatoria no solo se sustenta en una mejor capacidad material de probar, sino que también la misma se sustenta en una objetiva obstrucción de la capacidad probatoria, en cuanto dentro de este proceso concreto se advirtió que la empresa Nestlé del Perú S.A. no ha querido ofrecer medios probatorios para poder evaluar la desnaturalización de los regímenes de intermediación y tercerización; bajo el solo argumento de no tener la obligación de presentar medios probatorios mayores a los 5 años de antigüedad.

DECIMO SEXTO: Asimismo, si fuera el caso, se deberá realizar una audiencia complementaria para poder valorar concretamente que los medios probatorios que pudiera presentar la empresa Nestlé del Perú S.A. puedan cumplir con los requisitos establecidos por la Corte Suprema a través de reiterada jurisprudencia con respecto a la homologación (así como su incidencia dentro los beneficios sociales y la participación de las utilidades), así como trasladar tales elementos a las partes procesales para que puedan ejercer sus derechos dentro de la misma audiencia; para verificar si la asignación de remuneraciones ha cumplido con los estándares mínimos establecidos por el derecho a la igualdad y no discriminación establecido a través de nuestra Constitución Política del Perú.

Además, al evaluarse nuevamente la pretensión de homologación de remuneraciones, no existe una motivación suficiente para haberse asignado las utilidades de manera autónoma a la misma; en cuanto se deberá apreciar que la asignación de la misma se encontró sujeta a la determinación de un acto discriminatorio en la asignación de remuneraciones.

Con razón a ello, **corresponderá amparar los agravios deducidos por las partes procesales**, debiendo declarar la nulidad de la sentencia en el



presente extremo; al advertirse serios vicios de motivación en la sentencia impugnada.

.....

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

De esta manera, en los artículos 31° y 32° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se regula el procedimiento formal que debe observar todo empleador, cuando un trabajador incurre en la comisión de faltas graves; como una garantía del derecho constitucional del derecho al Debido Proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez, así como la motivación de la falta grave en cuestión, o estar sujeto a cualquier acto coactivo que menoscabe su voluntad.

De esta manera, si el empleador no respeta el procedimiento previo -tal como es la presentación del pre aviso de despido- la sanción aplicable será inválida y se sujetará a una indemnización por despido arbitrario, para ello, se podrá apreciar que -en la sentencia recaída en el Exp. N° 02939-20 12-PATC- el TC ha reiterado que:

"(...) El artículo 31° de la referida norma legal establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia(...)"

DECIMO OCTAVO: En efecto, la falta grave se califica como la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral y para su configuración se requiere la concurrencia de tres (3) elementos:

i) La infracción de los deberes esenciales del trabajador, establecidos en el contrato de trabajo; el cual por su naturaleza reconoce derechos, como también imponer obligaciones que deben ser cumplidos por el trabajador; y en éste último caso debe tratarse de deberes esenciales establecidas respecto del empleador.



ii) La gravedad de la falta del trabajador; que según el artículo 25° de la LPCL, debe ser *"De tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación"*, para ello se requiere la concurrencia de cuatro elementos calificativos de la falta grave: oportunidad, objetividad, causalidad y proporcionalidad.

iii) La legitimidad de la imposición de la sanción podrá ser apreciada entonces, no sólo en base a la causa alegada y a los hechos invocados, sino también en relación a la existencia de una prueba y a la objetividad de la misma.

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

"(...) El artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

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

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

Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibile.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad



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

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

Con eso, la acreditación del despido, en base a la aplicación de los numerales 23.1), 23.3) y 23.4) del artículo 23° de la NLPT y concordante con el artículo 37° del Texto Único Ordenado de la LPCL, constituirá una carga probatoria impuesta a ambas partes, en donde la acreditación de la causa justa del despido y **el cumplimiento del procedimiento formal del despido le corresponderá exclusivamente al empleador, mientras que la ilegalidad o desproporcionalidad de la misma será a cuenta del propio trabajador.**

Asimismo, los artículos 31° y 32° de la propia LPCL (a su vez) regulan el procedimiento formal que deberá observar todo empleador, al ser una garantía del derecho a un debido proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez.

VIGESIMO: Del derecho a la renuncia al puesto de trabajo.- Con relación a esta institución jurídica, la renuncia al empleo es un acto jurídico unilateral del trabajador por medio del cual se extingue el contrato de trabajo, mediante una declaración de una libre voluntad que debe cursar al empleador con las formalidades prevista en la ley; con ello, la presente voluntad unilateral del trabajador es, en el plano legal, un acto libre y sin estar sujeto a cualquier acto coactivo⁵.

Por ello, conforme a la doctrina nacional, mediante la renuncia se extinguirá los derechos y obligaciones resultantes de una relación de trabajo, pues el mismo

⁵ El artículo 18° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha regulado en forma expresa que, en caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación, en donde el empleador podrá exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador. En este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día



será un acto esencialmente unilateral y de carácter receptivo por lo que tendrá eficacia desde el momento en que entra en la esfera del conocimiento de la otra parte produciendo sus efectos a partir de la fecha precisada por el trabajador como el de su cese⁶.

De esta forma, el carácter receptivo de la renuncia del empleo requerirá, para su perfeccionamiento, que se **comunique de forma escrita** a la otra parte la expresión de voluntad de extinguir la relación laboral, en donde, de recibida por el destinatario, quedará extinguido el vínculo laboral de acuerdo a lo expresado por el trabajador en forma irrevocable (salvo retractación inmediata dentro del mismo contexto, en el cual no surtirá efecto), salvo que el empleador -dentro del plazo de 03 días- decida que los efectos de la misma sean suspendidos a los 30 días de comunicada.

Consecuentemente, no será necesario que el empleador manifieste expresa o tácitamente que acepta la renuncia del trabajador, la que opera como todo acto jurídico unilateral de carácter receptivo, desde que se verifica la comunicación.

VIGESIMO PRIMERO: Por ello, a través de las Casaciones N° 8971-2014-Tacna y N° 09019-2015-Lima, la Corte Suprema de la República ha ratificado la presente naturaleza jurídica de la renuncia como acto unilateral y formal, al precisar lo siguiente:

"La renuncia es un acto receptivo por medio del cual extingue el contrato de trabajo, mediante una declaración de voluntad que debe cursar al empleador con las formalidades prevista en la ley. Esta voluntad unilateral del trabajador es en el plano legal la más libre de las manifestaciones de voluntad de los Sujetos del contrato de trabajo", en donde si "el trabajador opte por esta causa de extinción del vínculo laboral, deberá cumplir con el requisito previsto en el artículo 18° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, referido a dar aviso por escrito con treinta (30) días de anticipación; y que el empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día (...)Dentro de ese contexto, se aprecia que esta causa de extinción del contrato laboral, es por propia voluntad unilateral del trabajador, cuya eficacia no depende de la decisión del empleador de aceptar la renuncia, caso contrario se desnaturalizaría, dicha figura, por tal es un acto jurídico, una acción, propia, pura y simple del trabajador que se

⁶ SERKOVIC GONZALES GERMAN, "La renuncia en la Jurisprudencia" el cual se publicó en el segmento denominado "Enfoque Laboral" publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de mayo de 2018, pues la

renuncia es un acto jurídico formal, requiere la presentación de una carta al empleador en ese sentido, que manifiesta la voluntad de dar por concluida la relación; es unilateral, en la medida en que la aceptación del empleador es del todo intrascendente, pues basta la sola voluntad del empleado; y es una comunicación recepticia, es decir, opera plenamente desde el momento en que es hecha de conocimiento por el empleador. Asimismo, la Corte Suprema reitera que si en el acto de renuncia se presenta un vicio de la voluntad, esta no es equiparable al despido, sino que deviene en ineficaz y, por tanto, el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad.



materializa en la extinción del vínculo laboral; más aún, si no solicita la nulidad o anulabilidad del mismo" (Casación N° 8971-2014-Tacna)

VIGESIMO SEGUNDO: A lo expuesto, se reitera que acto de renuncia solamente será válida si la parte interesada acredita el cumplimiento de la presentación de un documento escrito por el cual se evidencia una libre voluntad de la renuncia y sin estar sujeto a un acto coactivo; para ello, ya en la Casación N° 16084-2014-La Libertad y N° 09019-2015-Lima se bastó con precisar:

*"El carácter receptivo del acto de renunciar al empleo requiere para su perfeccionamiento que se **comunique** a la otra parte la expresión de voluntad de extinguir la relación laboral; recibida por el destinatario queda extinguido el vínculo laboral de acuerdo a lo expresado por el trabajador" (Casación N 16084-2014-La Libertad)*

*"El trabajador opte por esta causa de extinción del vínculo laboral, deberá cumplir con el requisito previsto en el artículo 18° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR referido a dar aviso **por escrito** con treinta días de anticipación; y el empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día (Casación N°09019-2015-Lima)*

Caso contrario, si se aprecia algún signo de coacción por parte del empleador a la incitación a la renuncia mediante amenaza esporádica o constante, se procederá a declarar su nulidad y ordenar la reincorporación del demandante a su puesto de trabajo; para ello, ya existe reiterada jurisprudencia -tal como la señalada Casación N° 09019-2015-Lima- mediante el cual todo acto de violencia o intimidación en la formulación de la renuncia se encontrará viciado de nulidad, por cuanto:

*"La causal de extinción del contrato de trabajo establecida en el inciso b) del artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (...) **no deberá concurrir en ella uno de los vicios de la voluntad; es decir, error, dolo, violencia o intimidación, ya que cuando la renuncia se encuentra afectada por un vicio del consentimiento, no es equiparable al despido sin causa, sino que aquella es ineficaz y, por tanto, el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad". (Casación N° 09019-2015-Lima)***

VIGESIMO TERCERO: El derecho a la libertad probatoria y a la prueba.- El principio de libertad probatoria surge como contrapartida al principio de prueba tasada, propio del sistema inquisitivo, pues mediante el presente principio se deriva -a su vez- la obligación de todo magistrado de observar el principio de verdad material, dado que el mismo constituye uno de los fines del proceso.

De ello, las partes podrán -mediante cualquier medio- constatar la certeza de sus argumentos dentro del proceso, siempre que no sea ilegal, pues en la estructura de un Estado Democrático de Derecho, la búsqueda de la verdad



real es un objetivo que no puede estar por encima de los derechos fundamentales de las partes, de manera que, no se trata de una verdad a ultranza sino obtenida por vías legítimas, sometida a limitaciones y por ello, se dice que lo que se alcanza en un proceso garantista es una verdad eminentemente formalizada. Así, que en nuestro derecho constitucional, la doctrina afirma que el derecho a la libertad probatoria se parte del supuesto de quien acusa o demanda debe probar judicialmente su pretensión mediante la paridad de condiciones y oportunidades en función del derecho fundamental a la igualdad ya descrito⁷.

VIGESIMO CUARTO: Ahora, en estricto, el derecho a la prueba es un derecho complejo conformado por diversos derechos constituyentes, dentro de los cuales se encuentra el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, que los mismos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia; de esta manera, la valoración de la prueba deberá debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo o adecuadamente realizado⁸.

Asimismo, nuestro sistema constitucional ha definido que toda prueba, para ser valorada en el proceso, deberá reunir las siguientes características:

- 1) Veracidad Objetiva, en virtud de la cual la prueba debe reflejar de manera exacta lo acontecido en la realidad, ello para asegurar que el elemento probatorio se ajuste a la verdad y no haya sido manipulado.
- 2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual prohíbe la obtención, recepción y valoración de pruebas que vulneren derechos fundamentales o transgredan el orden jurídico.
- 3) La utilidad de la prueba, que verifica la utilidad de la prueba siempre que esta produzca certeza judicial para la resolución del caso.
- 4) Pertinencia de la prueba, según la cual la prueba se reputará pertinente si guarda relación directa con el objeto de procedimiento⁹.

VIGESIMO QUINTO: De esta forma, el Tribunal Constitucional ha delimitado el presente derecho, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 010-2002-AI/TC y N° 1014-2007-PHC/TC, al momento de señalar:

"(...) En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (...) Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que

⁷ LANDA ARROYO CESAR, "La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 500.

⁸ Ibidem, pág. 525

⁹ Ibidem, pág. 526



sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho (...) Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita (...)"

En ese sentido, el tribunal ha reiterado:

"(...) Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y, específicamente, a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, (...) este Tribunal considera pertinente realizar un breve análisis acerca de la validez de las pruebas a la luz de los casos concretos que pudieran presentarse en el corto plazo (...) Al respecto es conveniente realizar la diferenciación entre lo que son la fuentes de prueba y los medios de prueba (...) Pues mientras que las primeras son realidades extra procesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, sólo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales (...)"

VIGESIMO SEXTO: De esta manera, se aprecia que el derecho constitucional a la prueba se sustenta en dos aspectos esenciales, esto es, la utilidad y la pertinencia de la prueba, el cual podrá ser analizado desde la actuación de la propia relación laboral o sobre supuestos anteriores al inicio del mismo, en cuanto tales hechos (sean vigentes o anteriores) se encontrarán claramente relacionados con determinar si en el caso en concreto se ha producido la figura de la unidad del empleador o a través de la unidad de la decisión dentro de un proceso productivo determinado en los años previos al inicio de la relación laboral, conforme a la eficacia constitucional de la prueba.

Para ello, bastará recordar que el propio órgano de control de la constitución ha reconocido la validez de la eficacia de la prueba sin apreciar necesariamente la constitución temporal de una relación laboral, pues (a través del Exp. N° 6712-2005-HC/TC) se precisó:

*"(...) La eficacia de la prueba (...) radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la **prueba necesaria** que pueda formar la*



convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración (...)".

Así, en la referida sentencia se determinó que:

"(...) Por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (...)"

VIGESIMO SETIMO: Del caso en concreto (Agravio N° 07 de la parte demandada).- De los actuados, **la parte demandada** sostiene que la asignación de una indemnización por despido arbitrario dentro del presente proceso es irrazonable y desproporcionado, por cuanto no se ha evaluado que la parte demandante ha renunciado a su puesto de manera voluntaria; asimismo no se aprecia una razón por el cual se deba pagar una indemnización por despido arbitrario por falta de inicio de un procedimiento de despido, si la extinción de la relación laboral se ha producido mediante una renuncia voluntaria (sin coacción) por parte del trabajador demandante.

Ante ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** ha determinado que el cese de la relación laboral se ha producido mediante un despido arbitrario, en cuanto que el acuerdo para obtener la renuncia se ha suscrito entre la parte demandante y una empresa que no ostenta realmente la condición del empleador; en cuanto que la única empresa para realizar tal modalidad de extinción ha sido la empresa Nestlé del Perú S.A.

Asimismo, al haberse declarado inválida la carta de renuncia, tampoco se aprecia una causa válida para poder aplicarse la causal de despido; evidenciando el pago de una indemnización por despido arbitrario correspondiente a la suma de S/. 47,1000.00.

VIGESIMO OCTAVO: Ahora bien, de la revisión de los actuados, esta **Vocalía Superior** advierte que el objeto de la controversia se origina sobre la formulación de una renuncia presentada por la parte demandante, a pesar que tal acto se haya encontrado motivada por el pago de un acto de liberalidad otorgado por la empresa MAN POWER PROFESSIONAL SERVICES S.A. ascendente a la cantidad de S/. 44,600.00.

En ese sentido, si el objeto de la extinción de la relación laboral ha sido la aceptación de una renuncia presentada por parte del trabajador dentro de un contexto de compra de la renuncia promovida por tal empresa conforme a un acto de liberalidad, se podría apreciar la existencia de una relación causal



entre la presentación de aquella renuncia con la formulación de aquel pago realizado ascendente a la cantidad de S/. 44,600.00; más aún si dentro de la Casación N° 603-2004-Lima, la Corte Suprema ha establecido que una compensación económica no será válida para admitir la validez o constitucionalidad de renuncia, si la misma ha sido ejecutada por una medida para poder motivar la renuncia del trabajador.

Por lo que, si dentro de la propia Casación N° 603-2004-Lima, se admite la invalidez de una asignación de liberalidad que tenga motivo la renuncia del trabajador, en tanto que:

“(...) En este contexto fáctico y jurídico el monto extraordinario entregado al demandante que además tiene propiamente el carácter de incentivo resulta ser la contraprestación por su decisión de terminar voluntariamente el contrato de trabajo, así, no resulta procedente (...) El artículo cincuentisiete del Decreto Supremo acotado delimita su procedencia a aquellas sumas de dinero que en forma graciosa y con el carácter de liberalidad otorga el empleador al trabajador en el cese o después de el, sin obligación alguna de parte del trabajador, motivo por el cual se considera un acto de liberalidad y voluntaria del empleador que no requiere una contraprestación de la otra parte, por la que se crea una obligación futura de reciprocidad para compensar cualquier deuda que genere con posterioridad y que no se haya previsto al momento del cese, presupuesto que no ocurre en el caso sub examine conforme a lo concluido precedentemente (...)”

VIGESIMO NOVENO: Ahora bien, como el objeto de la demanda ha sido el pago de una indemnización por despido arbitrario y el cual se encuentra relacionado con la asignación de un patrimonio ascendente a la suma de S/. 44,600.00 en beneficio de la parte demandante (el cual ya posee); el órgano jurisdiccional de primera instancia deberá evaluar si corresponde la compensación de tal deuda con el monto ordenado por la judicatura (ordenando el pago de un saldo restante) o si se puede admitir el escenario dentro del cual existe la obligación de ordenar un nuevo pago de tal concepto.

En ese sentido, al no evaluarse la presente situación dentro de la sentencia de primera instancia, deberá declararse su nulidad dentro del presente extremo, con el objeto que esta situación concreta pueda ser evaluada por el órgano jurisdiccional de primera instancia.

Con razón a ello, **corresponderá amparar el agravio deducidos por la parte demandada**, debiendo declarar la nulidad de la sentencia en el presente extremo; al advertirse serios vicios de motivación en la sentencia impugnada.

.....

TRIGESIMO: Respecto a la indemnización por daños y perjuicios.- La responsabilidad civil es una institución jurídica dentro del cual existe la obligación de indemnizar por daños causados en virtud a un incumplimiento de las obligaciones asumidas mediante una relación contractual o por el



acontecimiento de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual), en donde su reparación deberá consistir en el establecimiento de una situación anterior o -cuando ello sea imposible- en un pago por concepto de indemnización. Para ello, en caso que una conducta pueda ocasionar una lesión o menoscabo, el mismo se deberá analizar dentro de los elementos constitutivos propios de la responsabilidad civil, esto es, la antijuridicidad, el daño, el nexo causal y los factores de atribución.

Ahora bien, sobre la **antijuridicidad**, tal requisito podrá definirse como aquella conducta el cual es contrario al ordenamiento jurídico en su integralidad y, en general, contrario al derecho¹⁰, en donde la misma tendrá un carácter estrictamente típico¹¹, al implicar un incumplimiento de una obligación inherente a un contrato y -en estricto- a un contrato de trabajo¹².

En tal sentido, resultará evidente señalar que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber interrumpido absoluta o relativamente una obligación (en materia contractual) o en general toda conducta que ocasiona un daño (en materia extracontractual).

Asimismo, en lo que concierne al **daño**, la doctrina¹³ sostiene que la misma será toda lesión a un derecho subjetivo, en el sentido de un interés

¹⁰ Para el autor TABOADA CORDOBA LIZARDO en su trabajo denominado "*Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*", Programa de Actualización y Perfeccionamiento - Modalidad de Distancia, Academia de la Magistratura - AMAG, Pág. 25 a 26, la antijuridicidad se sustenta en la afectación del sistema jurídico en su totalidad, en tanto que afectan los valores y principios sobre los cuales se ha constituido el sistema jurídico.

¹¹ Sobre el carácter típico y atípico de la antijuridicidad, el propio TABOADA CORDOBA LIZARDO sostiene que la antijuridicidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321° del Código Civil, mientras que la antijuridicidad en sentido amplio y material (en materia extracontractual) fluye de los artículos 1969° y 1970° del mismo Código Civil, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño. sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar, entendiéndose que cualquier conducta, con tal que cause un daño, siempre que sea antijurídica, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

¹² A nivel jurisdiccional, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, conforme a la Casación N° 3168-2015-Lima, ha precisado conceptualmente que "*La antijuridicidad de la conducta, la cual consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico*".

¹³ Para el autor TABOADA CORDOBA LIZARDO en su trabajo denominado "*Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*", Programa de Actualización y Perfeccionamiento - Modalidad de Distancia, Academia de la Magistratura - AMAG, Pág. 27, el daño es todo menoscabo a los intereses del individuo en su vida de relación social que el derecho ha considerado merecedores de tutela; asimismo, DE TRAZEGNIES GRANDA FERNANDO en su obra "*La Responsabilidad Extracontractual*", Séptima Edición, Tomo II, Biblioteca para leer el Código Civil, , Vol. IV, Fondo Editorial 2001 - Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 17, al momento de citar al autor Alfredo Orgaz, refiere que será importante destacar una característica general, en donde el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe



jurídicamente protegido, del individuo dentro de una relación patrimonial o extrapatrimonial, en donde el perjuicio patrimonial será todo menoscabo en los derechos materiales de la persona (sustentando de esta forma el lucro cesante y el daño emergente), mientras que el extrapatrimonial se encontrará referido a las lesiones sobre los derechos no patrimoniales dentro de los cuales se encontrarán los sentimientos, merecedores de tutela legal, cuya lesión originará un supuesto de daño moral, dentro del cual (doctrinariamente) se encuentra el concepto de daño a la persona¹⁴.

TRIGESIMO PRIMERO: Respecto al **nexo causal**, este elemento integrante vendrá a ser la relación necesaria de causa – efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues si no existiese tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar¹⁵; por lo que, en el ámbito laboral, la relación causal exige (en primer lugar) la existencia del vínculo laboral y (en segundo lugar) que conducta haga permita determinar la constitución del daño consecuencia¹⁶, tal como el acto de despido. Asimismo, dentro del **factor de atribución**, se podrá precisar que este último se encuentra constituido por aquellos elementos que

ser reparado si se quiere aspirar a una reparación, presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, pues tiene que materializarse en un daño.

¹⁴ A través de la Casación N° 1762-2013-Lima, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República ha precisado que *"El daño alude a un menoscabo o detrimento del interés jurídicamente tutelado de los particulares que se desenvuelven sobre la base de los principios orientadores de una convivencia pacífica conteniendo éste además la siguiente tipología: El daño emergente, aquél que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima; el lucro cesante identificado como aquello que la víctima deja de percibir por efecto del daño en determinado bien es decir que por efectos del daño no ha ingresado cierto bien a su patrimonio; el daño moral, constituido por la lesión a los sentimientos de la víctima y que le produce un gran dolor, aflicción o sufrimiento afectando evidentemente en el daño moral la esfera subjetiva e íntima de la persona inclusive su honor y reputación; en cuanto a proyecciones de aquélla hacia la sociedad si es que con tales aflicciones se la desprestigia públicamente; el daño a la persona, conocido como daño a la libertad o al proyecto de vida es aquél que recae sobre la persona del sujeto lo que le impide realizar su actividad habitual, que es la que efectuaba para proveerse de los bienes indispensables para su sustento así como también en la que estaban plasmadas las metas que le permitirían su realización personal comprendiéndose asimismo dentro de este daño la lesión a la integridad física y psicológica del afectado"*.

¹⁵ En la obra denominada *"Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual"*, Programa de Actualización y Perfeccionamiento - Modalidad de Distancia, Academia de la Magistratura - AMAG, Pág. 28 a 29, (TABOADA CORDOBA LIZARDO) se sostiene que en ambos sistemas de la responsabilidad civil, las figuras de la concausa (acumulación de dos conductas para la comisión del daño) y de la fractura causal (conflicto de causas para llegar a la constitución del daño, haciendo imposible que una de ellas hubiera llegado a producirlo) se sujetarán a los elementos del daño fortuito, fuerza mayor, hecho de la víctima y el hecho de un tercero. Ahora bien, el autor OSTERLING PARODI FELIPE en su trabajo titulado *"La indemnización por Daños y Perjuicios"*, Pág. 398 (el cual podrá visualizarse a través del link <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>) sostiene que el daño, para que sea imputable a nivel contractual, se requiere de un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inexecución de la obligación, pues sólo interesará, para los efectos indemnizatorios, aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar.

¹⁶ De esta conclusión, la Sala Transitoria de la Corte Suprema de la República, Casación N° 1762-2013-Lima, reitera que *"La relación o nexo de causalidad el cual significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual es decir que la conducta antijurídica debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado"*



determinan finalmente la existencia de una responsabilidad civil, en donde se analizará la constitución¹⁷ de una culpa leve, grave, inexcusable y el dolo (a nivel contractual y extracontractual), mientras que a nivel extracontractual se analizará la culpa y el riesgo creado; para ello, dentro de un sistema subjetivo, el autor del daño solamente podrá responder si ha actuado mediante culpa, mientras que en un sistema objetivo solamente se probará fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es peligrosa y riesgosa y sin la necesidad de acreditar alguna culpabilidad¹⁸.

En consecuencia, el artículo 1321° del Código Civil, prescribe que la indemnización por daños y perjuicios deberá ser abonada por quien no ejecute una obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; de esta manera, el dolo deberá entenderse en el sentido de la conciencia y voluntad del empleador de no cumplir las disposiciones contractuales y disposiciones prescritas por la propia Ley. Además, la culpa inexcusable se encontrará sujeto a la negligencia grave por la cual la parte agravante no cumpla con las obligaciones contractuales y conllevando que a la determinación individual del daño emergente y lucro cesante, en cuanto los mismos son consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación.

TRIGESIMO SEGUNDO: Del concepto de Daño Moral.- En relación con lo descrito en el párrafo precedente, el Daño Moral se encuentra definido, a nivel teórico y jurisprudencial, como aquella lesión de los sentimientos en la víctima, el cual producirá un gran dolor o aflicción¹⁹, lesión a un sentimiento que sea socialmente digno y legítimo a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil²⁰; así, conforme lo normado en el artículo 1984° del Código Civil, de aplicación supletoria, un daño extra patrimonial o extracontractual será una modalidad que cubra todos los aspectos en los que el menoscabo sea de difícil probanza a nivel cuantitativo, razón por la cual se le otorga al magistrado una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, mediante una operación ponderativa²¹. Con ello, se trata pues de un sufrimiento en el intangible e inescrutable estado de ánimo del afectado.

¹⁷ Para estos efectos, la doctrina nacional insiste en señalar que la situación de imputabilidad del deudor (ámbito contractual) se encontrará vinculada al dolo o la culpa en la determinación de la responsabilidad, la mora o la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso hace que se presuman, conforme al artículo 1329 del Código Civil, la culpa del deudor.

¹⁸ De esta conclusión, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, Casación N° 1762-2013-Lima, reitera que *"La relación o nexo de causalidad el cual significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual es decir que la conducta antijurídica debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado"*

¹⁹ TABOADA CORDOBA LIZARDO, *"Elementos de la Responsabilidad Civil"*, Edit. Grijley, Lima, 2004. Pág. N° 58

²⁰ LEON HILARIO LEYSSER, *"Funcionabilidad del daño e inutilidad del daño a la persona en el derecho peruano"*, Revista Peruana de Jurisprudencia, 2003, N° 23. <http://dike.pucp.edu.pe>.

²¹ DE TRAZEGNIES GRANDA FERNANDO, *"Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil"*, en AA.VV., Para leer el Código Civil, I reimpresión, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, Pág. N° 210.



Con esto, cabe resaltar que dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extra patrimonial comprende el daño a la persona, daño psicológico y otros conceptos relacionado, entendido como la lesión a todos los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas; asimismo, se distingue el daño moral subjetivo, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del daño moral afectivo, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes²²; asimismo, en lo que respecta a la responsabilidad contractual, el citado código prescribe en el artículo 1322° que el daño moral también será susceptible de resarcimiento, a causa del incumplimiento de obligaciones laborales emanadas del contrato.

Así, en la Casación N° 4393-2013-La Libertad, la Corte Suprema de la República ha declarado que:

"Esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afección patológica, sino de un acto dañino sufrido en la vida en relación. Es además, un daño totalmente subjetivo, impreciso, inasible, no posible de medir y, por lo tanto, de difícil percepción y de aún más difícil cuantificación. Pero que eso sea así no significa que el referido daño sea deleznable, sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, dando singular importancia a sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia".

TRIGESIMO TERCERO: Ahora bien, sobre su determinación probatoria, si bien es verdad que inicialmente la jurisprudencia nacional se inclinaba por la plena probanza, mediante una prueba cierta o sucedáneo, del daño moral²³, pero, en la actualidad la misma jurisprudencia ha variado su criterio, de conformidad a lo regulado en el inciso 5) del artículo 23° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, mediante la valoración de un daño cuando se aprecie indicios o elementos subsecuentes que permitan la certeza a la Judicatura que el referido daño se ha producido por un ejercicio abusivo e ilegal por parte del causante, sin la necesidad de recurrir a una prueba directa, el cual haga irrazonable la finalidad del tal conducta, dentro del periodo relacionado o sujeto a la idoneidad de la referida prueba.

Por ello, a través de las Casaciones N° 4917-2008-La Libertad, N° 5423-2014-Lima, N° 1594-2014-Lambayeque y N° 4977-2015-Callao la referida Corte Suprema de la República precisa razonablemente que:

"Ante la dificultad probanza del daño moral esta judicatura ha optado por presumir, en casos puntuales, la existencia del mismo. En el caso de autos, correspondía a las instancias de mérito resolver la controversia de los autos a la luz de esta concepción", en donde "Bastará demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor; omisiones que conducen a calificar a la sentencia de vista como indebidamente motivada".

²² Del análisis de la jurisprudencia italiana, TOMMASO ARRIGO, "Il furto della moto nuova", en *Dalla disgrazia al danno, a cura de Alexandra BRAUN*, Giuffrè, Milano, 2002, Pág. N° 576.

²³ En las Casaciones N° 5008-2010-Lima y N° 139-2014-La Libertad, la Corte Suprema de la República había establecido que existía la posibilidad que se ordene el pago indemnizatorio por daño moral, pero, para que se reconozca tal derecho, se deberá acreditar el daño sufrido.



TRIGESIMO CUARTO: Del caso en concreto (Agravio N° 08 de la parte demandada).- De los actuados, la parte demandada sostiene que la Judicatura ha incurrido en error al momento de otorgar el concepto de daño moral, por cuanto

el único acto que ha sustentado la asignación del daño ha sido la constitución de la extinción de la relación laboral, mas no a la causal de desnaturalización de la tercerización; además, tampoco se ha presentado un medio probatorio idóneo para poder evaluar la constitución de un daño moral.

Ante ello, el órgano jurisdiccional de primera instancia ha determinado la viabilidad del daño moral por S/. 350,000.00 (conforme a un periodo de 27 años), en cuanto se aprecia que el cese de la relación laboral se ha desarrollado de manera irregular; evidenciándose de esta manera una conducta dolosa por parte del empleador.

TRIGESIMO QUINTO: Por lo que, conforme a los argumentos jurídicos descritos en los párrafos precedentes, esta Vocalía Superior observa que la parte demandante no ha aportado idóneamente un medio suficiente para poder demostrar que el cese de la relación laboral ha ocasionado un daño emocional o psicológico, conforme a una presunta aflicción emocional, esto es, la aflicción subjetiva originada por la extinción de la relación laboral.

En ese sentido, si bien es verdad que esta parte procesal no ha ofrecido una prueba relacionada con aquel estado de aflicción relacionado con el acto de coacción realizado por el empleador dentro de la controversia; también se deberá tener presente que, al haberse declarado la nulidad de la sentencia, existe la necesidad que el órgano jurisdiccional también pueda solicitar la incorporación de medios probatorios (dentro de una audiencia complementaria), con el objeto de determinar la constitución de elementos indiciarios por el cual se pueda apreciar una aflicción emocional que deba ser reparado.

Así, **corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada;** por lo que, reformándola, se deberá declarar la nulidad de la sentencia

.....

III. PARTE RESOLUTIVA:

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

HA RESUELTO:



1.- DECLARAR LA NULIDAD de la Sentencia N° 018-2019 contenida en la Resolución N° 24, de fecha 25 de enero de 2019, en el cual se declaró fundada en parte la demanda; por lo que, el órgano deberá emitir una nueva sentencia, conforme los fundamentos desarrollados dentro de la presente resolución.

En los seguidos por **ROSA CECILIA DIAZ DIAZ** contra **NESTLE PERU S.A. y OTROS**, sobre desnaturalización de contrato de tercerización y otros; y los devolvieron al juzgado de origen. Notifíquese.-

LJBB

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR BURGOS ZAVALA ES COMO SIGUE:

I. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones demandadas:

- ✓ Desnaturalización del contrato de tercerización e intermediación con las empresas LYP & ASOCIADOS S.A., SERVICIOS INTEGRALES VALPARAISO LTDA., LP SERVICIO TEMPORAL S.R.L., MANPOWER PROFESSIONAL SERVICES S.A. y NESTLE PERÚ S.A.
- ✓ Reconocimiento de vínculo laboral con la empresa demandada NESTLE PERÚ S.A.
- ✓ Homologación de Remuneraciones.
- ✓ Pago de Beneficios Sociales por incidencia del reintegro de remuneraciones (compensación por despido arbitrario, gratificaciones y vacaciones).
- ✓ Reintegro de Utilidades.
- ✓ Pago de bonos y comisiones.
- ✓ Indemnización por Despido Arbitrario.
- ✓ Indemnización por daños y perjuicios (daño moral).
- ✓ Entrega de certificado de trabajo.
- ✓ Pago de intereses legales, costas y costos del proceso.

1.2. Sentencia apelada: Viene en revisión la **Sentencia N° 18-2019** contenida en la resolución número veinticuatro de fecha 25 de enero de 2019²⁴, que declara infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandada, caducidad, prescripción extintiva y representación defectuosa pasiva de la empresa NESTLE S.A. y fundada en parte la demanda.

1.3. Recurso de apelación:

²⁴ Fojas 1158 a 1200 (Tomo III)



La parte **demandada NESTLE PERÚ S.A.** alega en su escrito de apelación de fecha 31 de enero de 2019²⁵, los siguientes agravios:

1. La Jueza a cargo del proceso ha incurrido en diversas y serias afectaciones a su derecho de defensa y el derecho al debido proceso, estas afectaciones se materializaron en dos hechos. I) la jueza no permitió oralizar por completo los argumentos de su contestación de demanda, a pesar que indicaron en su momento que, debido a la extensión del escrito de demanda, resultaba necesario que se les conceda un tiempo mayor para presentar su defensa del caso; y, ii) la jueza admitió declaraciones testimoniales ofrecidas por la parte demandante, sin tener en consideración los requisitos de admisión de este tipo de prueba, así como admitiendo dicha pruebas en términos completamente distintos a los indicados en su escrito de demanda.
2. Al momento de analizar la admisión de los testigos ofrecidos por la demandante, la Juez omitió por completo requerir el cumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 223° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al caso de autos.
3. La Jueza al admitir la declaración de los testigos de la actora en términos distintos a los indicados en el escrito de demanda, y principalmente respecto de los hechos controvertidos sobre los que se pronunciaría, incurrió en una grave afectación de su derecho de defensa.
4. La declaración de los testigos fue ofrecida con la finalidad de acreditar el supuesto derecho de homologación propuesto por la actora. y no ninguna otra finalidad; sin embargo, la jueza acepto la participación de dichos testigos para que se pronuncien no sólo sobre el punto indicado en el párrafo precedente, sino además para que también se pronuncien sobre el extremo demandado de desnaturalización de tercerización.
5. Que, si bien el nuevo esquema procesal se privilegia la oralidad frente a la escrituralidad, ello no puede significar que las partes y mucho menos la autoridad judicial omita por completo la observancia de formalidades requeridas para el ejercicio adecuado de nuestro derecho de defensa v el derecho al debido proceso.
6. Sobre la relación existente entre Nestlé y L y P & Asociados S.A.C., su representada cumplió con todas las normativas vigentes durante cada uno de los siete periodos que reclama la demandante, y en específico las normas sobre externalización de servicios, que resultaban aplicables en cada oportunidad.
7. En el periodo comprendido entre octubre 1986 y el 28 de febrero de 1996, periodo en el cual la ejecución de servicios de la demandante, se encontraba sujeta a las normas contenidas en la Ley N° 24514, posteriormente el Decreto Supremo N° 003-88-TR, y finalmente el Decreto Legislativo N° 728.
8. Su representada contrató los servicios de L y P & Asociados S.A.C., para que estos brinden los servicios especializados de impulso y mercaderismo, resulta absurdo que la actora afirme que habría existido

²⁵ Fojas 1203 a 1234 (Tomo III)



- una supuesta desnaturalización, más aún si no existe una sola prueba en autos que acredite la desnaturalización por la actora.
9. Sobre el argumento utilizado por el juzgado, respecto de la inexistencia del contrato celebrado entre Nestlé Perú S.A.C. y L y P & Asociados S.A.C., su representada no está obligada a conservar documentos con una antigüedad mayor de cinco años; por el contrario, los derechos que puedan derivarse de dicha información, deberían ser acreditados por la demandante.
 10. Sobre la relación existente entre Nestlé y Servicios Integrales Valparaíso Ltda., el juzgado, mediante una aplicación desproporcionada y carente de razonabilidad, llega a afirmar que la demandante se encontraría subordinada a Nestlé, sin tener en cuenta que todos los correos con el dominio de su representada corresponden a la etapa en que prestó servicios como suplente; no existe un solo correo electrónico con el dominio de su representada que pertenezca a una etapa distinta, pues evidentemente dicha cuenta fue desactivada una vez terminada la suplencia.
 11. Existen otros correos electrónicos presentados por la actora; sin embargo, todos estos fueron remitidos desde la cuenta personal que ésta tenía en cada uno de sus ex empleadores, por lo que no se puede afirmar que se haya desnaturalizado la tercerización, pues en todo momento la actora tuvo una cuenta de correo electrónico ajena a la de nuestra empresa, en la medida que laboró para otras empresas.
 12. Los correos electrónicos no contienen orden o directiva que haya sido emanada de su representada, y que permita inferir la existencia de subordinación de la actora frente a ésta. Dichos correos solo contienen coordinaciones inherentes a la ejecución ordinaria del servicio contratado, incluso dichas coordinaciones se hicieron más frecuentes durante el periodo en el cual la actora constituyó además el nexo de coordinación entre su empleadora y su representada.
 13. Con respecto a la declaración hecha por los testigos, es necesario tener en cuenta que los mismos no cuentan con sustento probatorio adicional al propio dicho de los testigos, y su sola valoración no podría generar certeza en el juez sobre la supuesta desnaturalización de los contratos.
 14. Sobre la relación existente entre Nestlé y LP Servicio Temporal S.R.L.; el juzgado, comete nuevamente un gravísimo error al analizar los hechos y las pruebas, que originaron el contrato entre ambas empresas, puesto que luego de analizar someramente el giro del negocio de Nestlé y las actividades realizadas por la actora, como vendedora, determina que el contrato de intermediación laboral que regía entre estas empresas se encontraba desnaturalizado.
 15. La actora ejecutó sus actividades como suplente de trabajadores ordinarios de su representada, en virtud del contrato de intermediación de actividades temporales que suscribieron con su ex empleadora LP Servicios Temporal S.R.L.
 16. El análisis realizado por el juzgado es completamente errado puesto que los contratos de suplencia se encuentran regulados en la legislación laboral, y pueden ser ejecutados tanto en actividades complementarias como en actividades permanentes.



17. En los supuestos de servicios temporales brindados por las entidades de intermediación laboral, las empresas usuarias se encuentran facultadas a brindar herramientas de trabajo (correo electrónico, instrumentos de trabajo, entre otros) a los trabajadores destacados, su representada no cumplió ninguna vulneración a las normas aplicables, al haber otorgado la cuenta de correo electrónico a la demandante o el teléfono que tampoco se encuentra acreditado, debe tenerse en cuenta que con posterioridad a este periodo, no existe ningún correo electrónico remitido por la actora a través de dicha cuenta, evidentemente porque esta fue desactivada una vez que culminó el destaque de ésta para la ejecución de servicios temporales en su representada.
18. Sobre la relación existente entre Nestlé y MANPOWER PROFESIONAL SERVICES S.A.; carece de fundamento jurídico sostener que es la actividad y no la forma en la prestación de servicios, la que determina en qué casos existe intermediación laboral y en qué casos no.
19. Que habrá tercerización cuando un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa, asumiendo las tareas contratadas por su cuenta y riesgo con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, v con trabajadores bajo su exclusiva subordinación.
20. El contrato entre Nestlé y MANPOWER PROFESIONAL SERVICES S.A., fue ejecutado con completa autonomía por parte de MANPOWER, quien era la única entidad responsable de las obligaciones laborales respecto de la demandante, y la única autorizada para dictarle órdenes con motivo de la ejecución de sus servicios.
21. La demandante se desempeñó en los puestos de Coordinador de Mercaderistas, Coordinadora Regional Lima y Ejecutiva de Cuenta, que sólo existían en su empleadora y no en su empresa.
22. De los correos electrónicos que ésta presenta, y que corresponden al periodo durante el cual tuvo la cuenta electrónica con el dominio de MANPOWER, su empleador, existieron diversas coordinaciones vinculadas al servicio contratado, pero no existió, en absoluto, orden alguna efectuada por su representada.
23. Sobre el pago de utilidades indebidamente reconocida en la sentencia; el juzgado no ha presentado un solo argumento que explique cómo es que reconoce el pago de utilidades a favor de la demandante cuando obra en autos que el sustento de dicho pago radicaría en un supuesto reintegro con motivo de una homologación de remuneraciones que ha sido declarada infundada por el juzgado.
24. Que al haber el Juzgado desestimado la pretensión de homologación de remuneraciones, corresponde que cualquier otro concepto demandado por la actora y que se sustente en la rechazada pretensión de homologación de sueldos y beneficios sociales con un trabajador de nuestra empresa, también deba ser desestimado.
25. La juez ha incurrido en una grave contradicción, pues a pesar que reconoce en su sentencia la liquidación de utilidades presentada por la actora obedece a un cálculo efectuado por ésta en atención a la homologación de remuneraciones que no fue amparada, concluye



- finalmente en reconocer un exorbitante monto a su favor, sin llegar a desvirtuar lo aclarar la contradicción en la que incurre.
26. Sobre la inexistencia del supuesto despido arbitrario alegado por el demandante; el juzgado no ha presentado un solo argumento que explique cómo es que la manifestación de voluntad presentada por la demandante respecto a su intención de renunciar voluntariamente a la empresa que fue su empleadora, podría ser equiparada a un supuesto despido arbitrario cometido por su representada.
 27. El Juzgado pretende afirmar que sería nuestra empresa la única que podría haber decidido sobre la extinción del vínculo laboral de la actora con motivo de su renuncia, pero omite por completo tener en cuenta que por su propia naturaleza jurídica el acto de renuncia por parte del trabajador no se encuentra sujeto a validación o aceptación por parte del empleador.
 28. No existe ningún argumento que explique de qué manera el acto voluntario de renuncia presentado por la parte demandante no podría surtir efectos extintivos del vínculo laboral, y por el contrario, ser equiparado a un supuesto despido arbitrario, como incorrectamente concluye el juzgado.
 29. El juzgado realiza un análisis equivocado de los fundamentos para solicitar la indemnización por despido arbitrario, y se pronunció aseverando que nuestra empresa no siguió el procedimiento de despido establecido en la ley, y por ende se habría configurado el despido arbitrario alegado por la actora. Sin embargo, este no es el sustento alegado por la actora en ningún extremo de su demanda ni mucho menos en su escrito subsanatorio, por lo que es evidente que una vez más el Juzgado ha asumido afirmaciones que no han sido expresadas en absoluto por el actor.
 30. La demandante no ha acreditado en absoluto que nuestra empresa le haya dado alguna indicación a Manpower para que proceda con su supuesto despido; y la actora afirma además que su renuncia en realidad no sería una renuncia, sino que habría sido coaccionada a suscribirla, supuestamente por orden de nuestra empresa, sin haber presentado en absoluto alguna prueba que dé cuenta de la supuesta coacción sufrida, sea por Manpower o por su representada.
 31. Si la actora afirma que su carta de renuncia (cuya existencia no ha negado en absoluto) fue presentada bajo coacción y por supuesta orden de nuestra empresa, debería haber presentado algún documento o prueba que dé cuenta de ambas falsas afirmaciones.
 32. Sobre la existencia del supuesto daño moral; se podrá advertir que el sustento alegado por la actora sólo se vincula a la supuesta afectación sufrida por su supuesto despido, y no se refiere en absoluto a la situación de tercerización contratada por su representada con sus ex empleadores; por lo que, se advierte que el Juzgado nuevamente pretende otorgarle un concepto que ni siquiera le corresponde en una suma exorbitante.
 33. El único hecho lesivo indicado por la actora como sustento de su daño moral es el supuesto despido sufrido, y no indica en absoluto que habría sufrido un daño debido a la desnaturalización de la tercerización



alegada, ello incluso ha sido ratificado por su abogado en la Audiencia de Juzgamiento. Así, se advierte que el Juzgado nuevamente asume argumentos ni siquiera expresados por la demandante, para pretender otorgarle un concepto que ni siquiera le corresponde.

34. Negamos la existencia de alguna supuesta conducta antijurídica por parte de la empresa respecto al acto extintivo de la relación laboral de la actora, pues ésta presentó voluntariamente su carta de renuncia a su empleador (no se ha probado ni la coacción ni la inherencia alegada en la demanda).
35. El juzgado, a pesar que la actora no ha acreditado en absoluto la existencia del daño moral alegado ni mucho menos ha presentado pruebas que determinen la exorbitante suma reconocida a su favor, ha decidido concederles un monto equivalente a 743 veces el monto de la indemnización por despido arbitrario. lo que evidencia una absoluta falta de análisis y valoración sobre el supuesto daño alegado.

La parte **demandada L Y P ASOCIADOS S.A.C.** alega en su escrito de apelación de fecha 31 de enero de 2019²⁶, los siguientes agravios:

1. No se ha probado la existencia del aludido contrato de tercerización supuestamente celebrado con su representada con la empresa NESTLE S.A. por lo que se habría vinculado laboralmente con la demandante por el periodo 1986-996.
2. La liquidación de beneficios sociales corriente a fojas 169 y la declaración testimonial de doña Amalia Anto, que era trabajadora de Nestlé Perú S.A. son medios probatorios insuficientes para acreditar la existencia del citado contrato, no siendo demostrativo de que tenga vínculo contractual con Nestlé Perú S.A. y que sea realmente "empleador" de la demandante, estas atribuciones deben ser cumplidas de manera objetiva, con prueba instrumental idónea.
3. La declaración testimonial resulta sin valor probatorio algún, pues en primer lugar no esta probado que la testigo haya sido trabajadora de Nestlé Perú S.A. ni menos su representada; y en segundo lugar dicha declaración no tiene respaldo de ningún otro medio probatorio complementario, solo se encuentran frente al dicho de una persona que pretendía favorecer a la parte demandante.
4. Que, dentro del expediente no existe medio probatorio alguno que demuestre que su representada fue empleadora y por tanto haya celebrado con la demandante un contrato formal de trabajo, esto es con las características de prestación personal de servicios, subordinados y remunerados, como lo exigen los artículos 4) y 5) del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Sup remo 003-97-TR; la propia demandante ha admitido expresamente que con mi representada no tiene ningún vínculo laboral; por lo tanto, no tiene lógica jurídica que se comprenda en esta acción a su representada, ni como supuesta empresa de intermediación o tercerización laboral.
5. Que, existe error de derecho en la sentencia al otorgar valor legal a un contrato que no ha sido presentado y que ni siquiera se conoce

²⁶ Fojas 1239 a 1254 (Tomo III)



sus estipulaciones- el contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (artículo 1351° del Código Civil, situación no dada en el caso sub Litis.

La parte **demandante** alega en su escrito de apelación de fecha 01 de febrero de 2019²⁷, los siguientes agravios:

1. Su pretensión de reintegro de remuneraciones y su incidencia en los beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones y gratificaciones) y el pago de comisiones tiene sustento en el principio de que "a igual trabajo igual remuneración", que ésta en conexión con los principios de tener "igualdad ante la ley e igualdad de oportunidades"; sin embargo, a pesar de lo mencionado, ello ha importado que no alcance tutela jurisdiccional efectiva, no obstante reconoce en la sentencia su vinculación con Nestlé Perú S.A..
2. El Juzgado debió tener en cuenta que la posibilidad de determinar las equivalencias de los puestos de trabajo en Nestlé Perú S.A. con el cargo y la actividad que desarrollaba para dicha empresa, siempre ha estado bajo el dominio de la propia Nestlé Perú S.A., por lo que en razón a ello resultaba imposible que pueda obtener medio probatorio idóneo que permita determinar y causar certeza en su Judicatura que permita el reconocimiento del derecho del reintegro de remuneraciones y su incidencia en los beneficios sociales.
3. El Juzgado debe tener presente que si se ha definido cada cargo desarrollado por la demandante (degustadora, impulsadora, mercaderista, vendedora, coordinadora de proyectos, coordinadora regional, ejecutiva de ventas) y que el mismo no ha recibido cuestionamiento alguno por parte de Nestlé Perú S.A. en el proceso, por lo que, lo afirmado por la demandante tendría presunción relativa de verdad, dándose por cierto los hechos señalados por su persona.
4. Que, al no haber cuestionamiento alguno a la relación laboral, los montos de remuneración, los cargos, y las funciones realizadas, corresponde el reconocimiento del derecho del reintegro de remuneraciones y su incidencia en los beneficios sociales (Compensación por Tiempo de Servicios, Vacaciones, Gratificaciones) y el pago de Comisiones.
5. Si bien en el pedido de homologación de remuneraciones, no presentó documentos probatorios que permitan certeza para conceder o no dicho beneficio; sin embargo, al demandada Nestlé Perú S.A. en su escrito de contestación presentó una relación de dos mil trabajadores aproximadamente, con montos de remuneración, fechas de ingreso, entre otros; por lo que de conformidad con el artículo 22° de la NLPT, se faculta al juez de que pueda ordenar la práctica de alguna prueba adicional como una prueba de oficio.

²⁷ Fojas 1248 s 1254

6. Al haberse resuelto la existencia de la desnaturalización de los contratos de intermediación y tercerización laboral, no cabe la posibilidad de diferenciación remunerativa, más aún así, si la demandada Nestlé no ha demostrado el porqué del trato discriminatorio en la remuneración.

II. FUNDAMENTOS:

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

- 2.1. De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.
- 2.2. Los principios “La apelación debe ceñirse solo a los agravios” y el de la prohibición de la “reformular en perjuicio”, ligados estrechamente a los principios dispositivo y de congruencia procesal que rigen el recurso de apelación, significa que este órgano superior revisor, al resolver, deberá pronunciarse sólo sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en su recurso, estando impedido de modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que exista apelación o adhesión de la otra parte.

•Respecto a la admisión de la declaración testimonial ofrecida por la parte demandante y afectación al debido proceso.

- 2.3. Cabe mencionar que en el artículo 21° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, establece lo siguiente:
“Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes únicamente en la demanda y en la contestación. Extraordinariamente, pueden ser ofrecidos hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad. Las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas con todos sus testigos, peritos y documentos que, en dicho momento, corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias. Esta actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento. La inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez pronunciar sentencia si, sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados. (...)”. (la negrita es nuestra).
- 2.4. Cabe acotar que la **finalidad de la prueba es alcanzar la verdad material o la indagación de la realidad de la que versa una litis**, es formarle al juzgador la convicción sobre las alegaciones que las partes



afirman son situaciones ciertas o concretas (hechos); de conformidad con lo previsto en el artículo 188° del Código Procesal Civil.

- 2.5. En atención al principio dispositivo, el objeto de la prueba se halla restringido a la comprobación de las afirmaciones sobre los hechos afirmados por las partes del proceso. La actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos alegados en los escritos constitutivos del proceso, o bien sobre los aludidos y admitidos oportunamente como hechos nuevos para no transgredir el principio de congruencia.
- 2.6. En el caso de autos se advierte que la parte demandante en su escrito de demanda en el numeral 10, ofrece como medio probatorio la declaración de los testigos Sres. Amalia Anto y Angela Mancilla; testigos que la parte codemandada Nestlé S.A. en la Audiencia de Juzgamiento de fecha 24 de enero de 2017 (ver *vídeo minuto 56:25*), cuestiono porque no se había cumplido con la formalidad establecida en el artículo 223° del Código Procesal Civil, siendo incorrecta la formulación de dicha prueba.
- 2.7. En ese sentido, la juzgadora dispone en la audiencia que el abogado de la parte demandante subsane dicha omisión, y en atención a los principios de oralidad y concentración, admite dicho medio probatorio, máxime si la actuación del mismo es para colaborar con el esclarecimiento de los hechos materia del presente proceso. **habiendo inclusive el abogado de la parte demandada Nestlé S.A. formulado preguntas a la testigo**; siendo ello así, es procedente se admita dichos medios probatorios.
- 2.8. Ahora bien, con respecto a la afectación de derecho de defensa y el debido proceso, es de mencionar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 06348-2008-PA/TC ha señalado: *"Este Colegiado ha señalado, en forma reiterada, que se vulnera el derecho de defensa "cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa. Evidentemente no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión reprochada por el contenido constitucionalmente protegido del derecho. Esta es constitucionalmente relevante cuando la indefensión se genera en una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Y se produce sólo en aquellos supuestos en que el justiciable se ve impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos" (STC 00582-2006-PA/TC, fundamento 3)*". (la negrita es nuestra).
- 2.9. De igual manera el Tribunal Constitucional con respecto al derecho a la tutela jurisdiccional y del debido proceso en la Sentencia N° 01689-2014-AA/TC señala: *"El artículo 139°, inciso 3), de la Constitución reconoce: 1) **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva** que supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción y; 2) **El derecho al debido proceso** que comprende la observancia de los derechos fundamentales*



esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: Una formal y otra sustantiva; mientras que en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, como por ejemplo el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación. etc.; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer." (la negrita es nuestra).

- 2.10. En ese sentido, es de verse que en el caso de autos la parte codemandada Nestlé Perú S.A. conforme se ha visualizado de las audiencias que se han llevado en el presente proceso, no se le ha recortado su derecho de defensa y debido proceso, por cuanto su participación ha sido activa, exponiendo en la oportunidad que le corresponde sus articulaciones respecto a la demanda que ha sido planteada por la parte demandante e inclusive formulo preguntas a los testigos ofrecidos por la propia demandante; **siendo ello así, merece desestimarse del primer al quinto agravio invocado por la parte codemandada Nestlé Perú S.A.**

•Respecto a la desnaturalización de los contratos de intermediación y tercerización suscritos con Nestlé S.A. y las codemandadas:

- 2.11. El artículo I del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo prescribe que el proceso laboral se inspira, entre otros principios, en el principio de veracidad, regulación que guarda armonía con la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad²⁸.

De las normas de intermediación y tercerización laboral:

- 2.12. En ámbito de la doctrina, la **intermediación laboral** se caracteriza por proporcionar trabajadores cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos, configurándose relaciones triangulares en las que una empresa celebra un contrato civil con otra para proporcionarle trabajadores vinculados a la primera, pero que prestarían sus servicios bajo el control y la dirección de la segunda.²⁹
- 2.13. La Corte Suprema en la CAS. LAB. N° 1693-2012-MOQUE GUA ha establecido en su quinto y sexto fundamento que:

²⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo: "(...) Es la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias. Esto significa que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos, formularios o instrumentos de control", Los Principios del Trabajo, Ediciones DEPALMA, 2° Edición, Bs. As.1990, Pág. 256.

²⁹ Villaviciencio Ríos, Alfredo. La Flexibilidad y los Mecanismos de Subcontratación Laboral: El caso de la Intermediación. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Lima, 2000, pg. 87 y 88.



QUINTO.- Desde una perspectiva doctrinaria, se concibe a la intermediación laboral, *“cuando el “tercero” no es una empresa con estructura propia y especialización real, sino que se limita a figurar como empleador de los trabajadores que en verdad sirven al principal²”*. En este sentido, anótase que *“en este fenómeno de “prestamismo laboral” se relacionan con la subcontratación de mano de obra porque la contratación no se produce directamente entre el trabajador y la empresa beneficiaria del trabajo (empresa principal), sino a través de un tercero subcontratista (empresa de trabajo temporal)”³*

SEXTO.- A nivel internacional, la figura de la intermediación laboral ha sido recogida en distintos instrumentos internacionales, entre los que se anotan, el Convenio N° 181⁴ de la Organización Internacional de Trabajo – en adelante OIT-, adoptado con fecha el tres de junio de mil novecientos noventa y siete, en su octogésima quinta reunión, sobre Agencias de Empleo Privadas, y cuya entrada en vigencia fue prevista para el diez de mayo de dos mil, prevé que éstas prestan servicios en relación con el mercado de trabajo *“consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante ‘empresa usuaria’), que determine sus tareas y supervise su ejecución”* (artículo 1.1.b). Asimismo, mediante Recomendación N° 198⁵, la OIT se subraya la necesidad de protección de todos los trabajadores, postula el principio de primacía de la realidad y –consecuentemente–, de la indiferencia de la calificación jurídica que las partes hagan del negocio que las vincula, así como ratifica la necesidad de luchar contra las relaciones



de trabajo encubiertas, y promueve la eliminación de las disposiciones nacionales que supongan incentivos al uso de formas encubiertas de relación de trabajo, todo lo cual es de indiscutible y provechosa aplicación a las relaciones triangulares⁶. De otro lado, en el Convenio Internacional del Trabajo N° 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, en el artículo 17 de este convenio, se prescribe que *“siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente convenio”, sobre seguridad e higiene en el trabajo*⁷.

- 2.14. En el ámbito normativo, la **intermediación laboral** se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la **Ley N° 27626**, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09 de enero del 2002, la cual contiene una regulación específica y detallada para esta figura en la medida que establece que solamente puede ser presentada por personas jurídicas constituidas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o en todo caso Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas (artículo 2°), que a su vez se encuentren inscritas en el Registro de Entidades de Intermediación Laboral a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo (artículos 10° y 13°), y cuyo **objeto exclusivo**, sea la prestación de servicios de intermediación laboral (artículo 2°), implicando sus servicios, en sus tres modalidades de *temporalidad, complementariedad o especialización*, **necesariamente el destaque a una empresa usuaria**, conforme al artículo 3° de la Ley y las definiciones de Intermediación de Servicios Temporales e Intermediación de Servicios Complementarios o Altamente Especializados contenidas en el artículo 1° de su Reglamento, aprobado por el **Decreto Supremo N° 003-2002-TR**.
- 2.15. La normatividad de la materia contempla también aspectos tales como los supuestos de procedencia de la intermediación laboral, los supuestos que no la constituyen, los casos prohibidos, las consecuencias de la infracción de los supuestos permitidos, los porcentajes limitativos en cuanto al número de trabajadores que pueden ser destacados, así como las obligaciones administrativas para con la Autoridad de Trabajo y las Facultades Fiscalizadoras de esta. Es de destacar que el artículo 4° del acotado Decreto Supremo, precisa que no constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193° de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y



riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

2.16. Así, ha indicado el Tribunal Constitucional en una de sus sentencias³⁰:

“La intermediación laboral es una figura que tiene como finalidad exclusiva la prestación de servicios por parte de una tercera persona destacada para que preste servicios temporales, complementarios o de alta especialización en otra empresa llamada usuaria; para tal efecto, la entidad intermediadora y la empresa usuaria suscriben un contrato de naturaleza civil denominado Locación de Servicios, no importando dicho destaque vínculo laboral con la empresa usuaria. Como puede observarse, en la intermediación laboral se establece una relación jurídica en la que participan tres sujetos de derecho: una empresa usuaria, una empresa intermediaria y un trabajador destacado (...) toda trasgresión a los supuestos de intermediación laboral determina la existencia de una relación laboral entre los trabajadores destacados y la empresa usuaria. Por ende, y de conformidad con el artículo 3° de la Ley 27626, se juzgará la existencia de relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado, en aquellos casos en que se haya pactado la intermediación de servicios que no se caracterice por ser temporal, complementaria o de alta especialización, y, por el contrario, corresponda a un servicio que implique una actividad principal y permanente de la empresa usuaria.” (la negrita es nuestro).

2.17. Analizando la norma antes acotada, se tiene que el artículo 3° de la Ley 27626- “Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las Cooperativas de Trabajadores”; señala los supuestos de procedencia de la intermediación laboral; y precisa que: *“La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización. Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa”*. (la negrita es nuestra).

De la norma invocada, se tiene la **prohibición clara de encargar la ejecución de labores permanentes de la entidad usuaria a través de la intermediación laboral**; pues tal modalidad sólo permite la intermediación en **servicios complementarios** como sería por dar ejemplo el caso de la limpieza o vigilancia; pero para ser realizada sólo en las instalaciones de la entidad usuaria como una actividad complementaria o periférica y no como una actividad propia y principal de ella.

2.18. En ese contexto, según el Decreto Supremo N° 008-2007-TR que modifica el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, establece:

³⁰ EXP. N° 06371-2008-PA/TC de fecha 19 de diciembre de 2011



"Actividad complementaria: Constituye actividad complementaria de la empresa usuaria aquella que es de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, **tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza.**" (la negrita es nuestra).

- 2.19. Por otro lado, sobre la institución de la subcontratación laboral³¹, compuesta por las modalidades denominadas intermediación laboral y **tercerización de servicios**³²; éstas implican el desplazamiento o descentralización de procesos productivos por parte de una empresa principal usuaria hacia otra proveedora de dichos servicios que implica el desplazamiento de la fuerza de trabajo y la relación laboral, encontrando asidero normativo en lo referente a la tercerización en la Ley N° 29245 que la define en su artículo 2°.

*"Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, **siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.** Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores."* (la negrita es nuestra).

³¹ "Las transformaciones de las relaciones económicas están ocasionando la aparición de nuevos sistemas de trabajo, externalización de procesos en personas jurídicas y también naturales – como el trabajador autónomo con vehículo propio – y una gama de servicios subordinados donde la aplicación de las instituciones clásicas que permitan una diferenciación entre las regulaciones de carácter civil y laboral ya no son suficientes"

Toyama, Jorge "La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización". En: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Egunda edición., Grijley, Lima, 2009 pp. 501 y 502

³² Las diferencias entre ambas instituciones laborales, han sido precisadas en la **Casación N° 275-2012 emitida por Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 08 de junio de 2012**; en la que precisa en su considerando Décimo Quinto:

Conforme a lo expuesto, puede resumirse principalmente en cuatro:

- 1) En la intermediación laboral **sólo** hay destaque o provisión o mano de obra, mientras que el outsourcing se presta un servicio integral, el cual **puede** incluir personal.
- 2) En la intermediación el tipo de actividad que puede ser contratada es para servicios temporales, servicios complementarios y servicios especializados, los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal o complementaria o temporal o permanente.
- 3) En las empresas de intermediación la empresa usuaria tiene facultades de fiscalización y dirección del personal destacado, mientras que en el outsourcing solo puede haber coordinación, no puede tener poder de dirección sobre el personal de tercero.
- 4) En la intermediación no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediario provea de la mano de obra a la empresa usuaria, mientras que en la tercerización se exige al contratista asuma responsabilidad sobre el resultado de los servicios que presta; por lo que corresponde ahora analizar los hechos presentados en el desarrollo de las labores del actor verificando el cumplimiento de las formalidades exigidas por las leyes citadas contrastándolos con los hechos realmente producidos.



Asimismo, respecto a dichos elementos característicos de la tercerización, el artículo 3° del Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR prescribe que, para el cumplimiento de la tercerización, **éstos cuatro requisitos deben entenderse como copulativos, esto es, que la inexistencia de uno de ellos desvirtúa la tercerización.**

2.20. Por su parte, el Tribunal Constitucional³³ define a la tercerización laboral como aquella institución jurídica que surge como respuesta a las necesidades que afrontan las empresas en el actual contexto de la globalización y particularmente al fenómeno de la descentralización productiva como mecanismo para generar mayor eficiencia y competitividad en el mercado. De este modo, se entiende que en algunas ocasiones resulta más eficiente para una empresa *desplazar* una fase de su ciclo productivo a otras empresas o personas individuales, en vez de llevarla a cabo ella directamente y con sus propios medios o recursos. Así entendida, la **tercerización u outsourcing** constituye una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades *distintivas*, es decir, en aquellas que conforman su *core business*, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial.

2.21. Las causales de desnaturalización de dicha figura encuentran asidero en el Reglamento de la precitada ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR que precisa en su artículo 5° que:

“Se produce la desnaturalización de la tercerización:

*a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la **ausencia de autonomía** empresarial de la empresa tercerizadora;*

*b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la **subordinación** de la empresa principal;*

*c) En caso que **continúe la prestación de servicios** luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro. La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma”.*

2.22. Al respecto, el **Decreto Supremo N° 010-2008-TR** publicado en el diario oficial «El Peruano» el 03 de diciembre del 2008, indica en su considerando lo siguiente:

«Que, para la mejor aplicación del artículo 8 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y del artículo 9 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR. Reglamento de dicha norma, es necesario precisar la situación de los registros sectoriales de las empresas tercerizadoras existentes en el

³³ Expediente N° 02111-2012-PA/TC



país, así como de los registros que se expidan para las empresas contratistas y subcontratistas de determinadas actividades económicas (...)» y en su artículo 1° establece: «Incorpórese al Decreto Supremo N° 006-2008-TR la Disposición Complementaria Final Única, con el siguiente texto: “ÚNICA.- Los registros administrativos sectoriales de las empresas contratistas y subcontratistas mantienen su vigencia. La presente disposición será aplicable a los siguientes registros, así como a los que se expidan para determinadas actividades económicas (...) b) Registro de Empresas Contratistas Mineras, regulado por el Decreto Supremo N° 021-2008- EM, el cual fuera modificado por el Decreto Supremo N° 021-2008-EM (...). Las empresas contratistas o Subcontratistas consideradas en el párrafo anterior registrarán en sus planillas electrónicas el desplazamiento de su personal a las empresas principales, conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y a sus normas modificatorias y complementarias.»

- 2.23. Ahora bien, en el presente caso se advierte que la parte codemandada Nestlé Perú S.A. en su escrito de contestación niega que con las empresas codemandadas, haya existido un contrato que no se encontraba con arreglo a ley, y en específico sujeto a los alcances de las normas de externalización de servicios, que resultaba aplicable a cada oportunidad.
- 2.24. En ese sentido, el Colegiado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 197° del Código Procesal Civil que señala: "Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.", procederá analizar el presente caso, conforme a la valoración e interpretación del conjunto de medios probatorios ofrecidos por ambas partes, no habiendo las partes propuesto cuestión probatoria alguna en su oportunidad.

Sobre la desnaturalización de contratos suscritos entre L Y P ASOCIADOS S.A.C. y NESTLÉ PERÚ S.A.:

- 2.25. Es de verse de autos, que la parte demandante es su escrito de demanda precisa que ha prestado servicios para L Y P ASOCIADOS S.A.C. del periodo octubre de 1986 a 28 de febrero de 1996, obrando en autos a fojas 166 a 169, la Liquidación de Beneficios Sociales; asimismo, boletas de pago de fojas 240 a 241, en donde se desprende que la actora tiene como fechas de ingreso el 12.07.93, 01.01.1995 y 01.01.96.
- 2.26. Siendo ello así, y atendiendo a que por razón de temporalidad son aplicables en ese periodo la Ley N° 24514 que en su artículo 32° establecía que:

“Queda prohibida la prestación de servicios de empleos permanentes por personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, salvo el caso de personal que teniendo vínculo la laboral permanente con empresa de servicio realice su actividad en otra empresa distinta con la cual, su empresa de servicios mantiene contrato para efectuar actividades complementarias de



mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. En caso de comprobarse dentro del procedimiento correspondiente el incumplimiento de esta disposición, además de la multa a que hubiere lugar, la Autoridad Administrativa de Trabajo dispondrá la inscripción del trabajador en el libro de planillas del centro laboral en el que se le encontrare realizando labores de carácter permanente, reconociéndole el tiempo de servicios prestados al mismo”.

Asimismo, el artículo 51° de la Ley N° 26513 que regulaba:

“Las Cooperativas a que se refiere el inciso c) del Artículo 149 del Decreto Legislativo N° 728, debidamente constituidas e inscritas en los Registros Públicos, podrán prestar sus servicios a otras empresas denominadas usuarias. Estas Cooperativas deberán reconocer a sus socios trabajadores ingresos y condiciones de trabajo no inferiores que los que correspondan a trabajadores pertenecientes a la empresa usuaria que realizan labores análogas. De no poderse efectuar la indicada comparación, el ingreso por socio trabajador no deberá ser inferior a una remuneración mínima vital mensual. Adicionalmente deberán reconocérseles todos los beneficios sociales establecidos en el régimen laboral de la actividad privada. La prestación de servicios a través de Empresas de Servicios Temporales y de Servicios Complementarios se sujetan a las mismas reglas previstas en el párrafo anterior y en el Artículo 154”; estableciendo además que “Las cooperativas a que se refieren los artículos anteriores cuando presten sus servicios a una entidad usuaria sólo lo harán con sus socios trabajadores contando, de ser el caso, con supervisión propia y con los bienes y equipos que resulten necesarios para el desarrollo del objeto del contrato (Artículo 153)”; precisando finalmente que “El número de socios trabajadores que podrá prestar servicios en empresas usuarias a través de las cooperativas a que alude el inciso c) del Artículo 149 del Decreto Legislativo N° 728, no excederá del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria. Para el cómputo del porcentaje a que se refiere el párrafo anterior, se sumará el número de trabajadores que al momento de dicho cálculo presten servicios en la empresa usuaria a través de empresas de servicios temporales y cooperativas en sus diversas modalidades. En caso de incumplimiento de esta limitación, se considerará la existencia de relación laboral directa entre la empresa usuaria y el número de socios trabajadores excedentes. La relación de trabajo a que se refiere el párrafo anterior se entenderá con los socios trabajadores que hubieren ingresado al servicio de la empresa usuaria a partir de la oportunidad en que se produzca la excedencia. Igual sanción se aplicará cuando se exceda el límite del 20% a que se refiere el Artículo 177 de la presente Ley.”

- 2.27. En ese sentido, apareciendo de las liquidaciones y boletas de pago antes acotadas, que la actora se desempeñó en el cargo de **“Merchandising”**, y conforme a la declaración testimonial de la testigo Amalia Anto Palacios, se ha acreditado que la parte demandante ha sido capacitada, así como supervisada y entregaba productos que eran de Nestlé Perú S.A.; y que era promovida por el Jefe de Ventas por elección de esta



trabajadora de Nestlé, asimismo, también hacía el trabajo de ventas, conocía el stock y entregaba al vendedor de la tienda a nueva reposición de productos (ver numeral 50 de la sentencia recurrida); **por lo cual, se llega a la conclusión que se ha desnaturalizado el contrato suscrito con L Y P ASOCIADOS S.A. y la empresa usuaria NESTLÉ PERÚ S.A., siendo está ultima la empleadora de la parte demandante del periodo comprendido octubre de 1986 al 28 de febrero de 1996**, máxime aún si de conformidad con el artículo 23.4, literal a) de la Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley N° 29497, no ha cumplido con presentar el contrato que contenga los términos de subcontratación de la prestación de servicios de la actora, quien se ha desempeñado como degustadora e impulsadora, mercaderista y merchandising, además de la vinculación jurídica habida entre estas dos empresas; **por lo que debe desestimarse del primer al quinto agravio formulado por la empresa codemandada L Y P ASOCIADOS S.A. y del sexto al noveno agravio formulado por la empresa codemandada NESTLÉ PERÚ S.A.**

Sobre la desnaturalización de contratos suscritos entre SERVICIOS INTEGRALES VALPARAISO S.R.L. y NESTLÉ PERÚ S.A.:

- 2.28.** Es de verse de autos, que la parte demandante es su escrito de demanda precisa que ha prestado servicios para SERVICIOS INTEGRALES VALPARAISO S.R.LTDA. del periodo 01 de marzo de 1996 al 31 de marzo de 2004 y del 01 de febrero de 2006 al 31 de marzo de 2007, obrando en autos a fojas 04, 08 y 666, el Certificado de Trabajo de fecha 22 de marzo de 2013, fojas 130 a 132, 143 a 165, 610 a 612 y 647 a 665, la Liquidación de Beneficios Sociales y depósitos de Compensación por Tiempo de Servicios; asimismo, boletas de pago de fojas 199 a 201, 213 a 239/vuelta y 617 a 644, documentos de los cuales se desprende que la parte demandante presto servicios del periodo 02.03.1996 al 31.12.1996 (fojas 165), 17.01.1997 al 01.04.2004 (fojas 143) y del 16.01.2006 al 31.12.2006 (fojas 130), en su condición de Merchandising, Promotora y Coordinadora Proy. Conos.
- 2.29.** De igual manera de fojas 669 a 694 y 748 a 773, corren los Contratos de Locación de Servicios celebrado ente NESTLÉ PERÚ S.A. y SERVICIOS INTEGRALES VALPARAISO S.R.L. (SIVAL) en cuya cláusula primera se establece:
- “1.1 SIVAL es una persona jurídica que se dedica a la prestación de servicios integrales (outsourcing) en las actividades de Estudios de Mercado, Publicidad y Marketing Directo mediante el desarrollo de Campañas y Promociones; Impulsación, Canje, Degustación, Merchandising, Anfitriónaje, y otras actividades vinculadas al lanzamiento de productos.*
- 1.2 EL CLIENTE es una empresa que tiene por objeto principal la comercialización de productos de consumo masivo”.*



Asimismo, en cuanto al OBJETO del contrato establece en su SEGUNDA CLAÚSULA que, en virtud del presente contrato, **EL CLIENTE** contrata los servicios de **SIVAL** para que este preste los servicios señalados en el numeral 1.3., esto, es servicios de mercadeo y Administración de Campañas Promocionales, Impulsación, Degustación, Canje y demás servicios vinculados, de acuerdo a las consideraciones señaladas en el presente contrato.

Asimismo, en la cláusula tercera del contrato de locación de servicios de fecha 01 de julio de 2002 se establece:

“SIVAL proveerá a EL CLIENTE, con sus propios medios y de forma integral lo servicios profesionales consistentes en la planificación, desarrollo y ejecución de las promociones, tales como programa de muestreo masivo, demostraciones, impulso de ventas, promociones corporativas, eventos especiales y/o cualquier actividad promocional que tenga como objeto el contactar al grupo objetivo con el fin de promover el conocimiento, prueba, compra o recompra, de una o varias marcas comercializadas por EL CLIENTE”

Por otro lado, conforme es de verse de la copia literal del asiento de constitución de la empresa SERVICIOS INTEGRALES VALPARAISO S.R.L. (parte pertinente fojas 928) el objeto de la empresa es:

“Prestación de servicios en la actividad del mercadeo, mediante la organización y dirección de promociones, eventos, campañas, sorteos, lanzamiento de productos, degustación, impulso, ventas, anfitrión, transporte de productos y otras actividades vinculadas al mercadeo y permitidas por las leyes de la República. La empresa desarrollará sus actividades principalmente en los sectores de la industria, turismo, comercio nacional e internacional”.

- 2.30. En ese sentido, apareciendo de las liquidaciones y boletas de pago antes acotadas que la actora se desempeñó en el cargo de **“Merchandising”**, **“Promotora”** y **“Coordinadora Proy. Conos”** y conforme a los correos electrónicos y la declaración testimonial de la testigo Amalia Anto Palacios y Angela Maria Mancilla Banich, que hace mención la juzgadora en los numerales 58 a 62 de la sentencia recurrida, se encuentra acreditado que la parte demandante realizaba coordinaciones con trabajadores de Nestlé Perú S.A., habiéndosele inclusive asignado la cuenta cdiaz@consorciolyp.com.pe y Rosa.”diaz”@pe.Nestlé; asimismo, que la testigo Angela Macilla (trabajadora de Nestlé S.A.) fue su jefa, y además realizaban las mismas funciones como representante de ventas, siendo su única subordinada, y recibiendo directivas de la gerencia y entregándole la empresa un celular para el cumplimiento de sus funciones; **por lo cual se llega a la conclusión por el principio de primacía de la realidad, que se han desnaturalizado los contratos suscritos entre SERVICIOS INTEGRALES VALPARAISO S.R.L. y la empresa usuaria NESTLÉ PERÚ S.A.**, siendo esta última la empleadora



de la parte demandante del periodo: i) 02.03.1996 al 31.12.1996, ii) 17.01.1997 al 01.04.2004; y, iii) 16.01.2006 al 31.12.2006, **mereciendo por tanto desestimarse del décimo al cuarto agravio invocado por la codemandada Nestlé Perú S.A.**

Sobre la desnaturalización de contratos suscritos entre LP SERVICIO TEMPORAL S.R.L. y NESTLÉ PERÚ S.A.:

2.31. Es de verse de autos, que la parte demandante es su escrito de demanda precisa que ha prestado servicios para LP SERVICIO TEMPORAL S.R.L. del periodo 01 de abril de 2004 al 31 de enero de 2006, obrando en autos a fojas 05, 07 y 573, el Certificado de Trabajo de fecha 22 de marzo de 2013 y 04 de octubre de 2004, fojas 133 a 142, la Compensación por Tiempo de Servicios; asimismo, boletas de pago de fojas 201/vuelta a 212/vuelta, 216 y 564 a 572, fojas 563, la Liquidación de Beneficios Sociales, fojas 574 a 580, contrato de trabajo y prorrogas; documentos de los cuales se advierte que la parte demandante presto servicios desde el 01 de abril de 2004 al 15 de enero de 2006, en su condición de **Vendedora y Vendedor Volante**.

2.32. De igual manera de fojas 774 a 785, corren los Contratos de Locación de Servicios y addendas celebrado ente Nestlé Perú S.A. y LP Servicio Temporal S.R.L. en cuya cláusula *tercera se establece que:*

“EL USUARIO contrata los servicios de LA ENTIDAD para que les brinde servicios de Intermediación Laboral desarrolladas por personas naturales, contratadas directamente por LA ENTIDAD en su calidad de empleador”

Asimismo, conforme es de verse de la Ficha Registral de la empresa LP SERVICIO TEMPORAL S.R.L. (parte pertinente fojas 935) el objeto de la empresa es:

“La prestación de servicios de suministros de personal, cubriendo necesidades de trabajo temporal”.

2.33. En ese sentido, apareciendo de las boletas de pago antes acotadas que la actora se desempeñó en el cargo de **“Vendedora” y “Vendedor Volante”**, y conforme se advierte del “Documento Provisional de recojo de mercadería” (fojas 109), este lleva el logotipo de la codemandada Nestlé Perú S.A.; asimismo, del correo electrónico que corre a fojas 13, se advierte que personal de Nestlé Perú S.A, precisa que las propuestas dadas por la actora son buenas, y además que a fojas 122, corre un Certificado otorgado por la empresa Nestlé Perú S.A. en el Taller de “Macroeconomía/Microeconomía”, suscrito por el Gerente de Recursos Humanos de Nestlé Perú S.A., y teniendo en cuenta, que las labores de Mercadería, Promotora de Ventas y Coordinadora de Proyectos, propias de un vendedor, no pueden ser consideradas como complementarias, pues son parte del ciclo productivo de la codemandada Nestlé Perú S.A., tal como se advierte de la Ficha RUC en el cual aparece como actividad



económica: Elaboración de productos lácteos y elaboración de cacao y chocolate y de productos de confitería³⁴, siendo su objeto el ““fabricar, preparar, mezclar, **vender**, **distribuir**, comprar, importar, **comerciar**, productos lácteos (leches y sus derivados), chocolates, galletas, etc.”; **por lo cual se llega a la conclusión por el principio de primacía de la realidad que se han desnaturalizado los contratos de locación de servicios suscritos por la empresa LP SERVICIO TEMPORAL S.R.L, y la empresa usuaria NESTLÉ PERÚ S.A.**, siendo esta última la empleadora de la parte demandante del periodo 01 de abril de 2004 al 31 de enero de 2006, por cuanto la labor de vendedora no es una fusión complementaria, en atención a que necesariamente se tendría que ofrecer los productos de Nestle Perú S.A. a sus clientes, encontrándose estrechamente vinculada al giro principal de la actividad de la codemandada; **por lo que merece, desestimarse del décimo cuarto al décimo octavo agravio invocado por la codemandada Nestlé Perú S.A.**

Sobre la desnaturalización de contratos suscritos entre MANPOWER PROFESSIONAL SERVICES S.A. y NESTLÉ PERÚ S.A.:

- 2.34. Es de verse de autos, que la parte demandante es su escrito de demanda precisa que ha prestado servicios para MANPOWER PROFESSIONAL SERVICES S.A del periodo 01 de febrero de 2007 al 02 de setiembre de 2013, obrando en autos a fojas 125 a 129, Liquidación de Compensación por Tiempo de Servicios, fojas 170 a 198, boletas de pago, fojas 278, Liquidación de Beneficios Sociales, fojas 279, carta de renuncia de fecha 03 de setiembre de 213; documentos de los cuales se advierte que la parte demandante presto servicios desde el 01 de febrero de 2007 al 02 de setiembre de 2013, en su condición de **Ejecutivo de Cuenta, Supervisor de Cuenta, Coordinadora Regional Lima, Coordinador Mercaderista.**
- 2.35. De igual manera, la parte codemandada MANPOWER PROFESSIONAL SERVICES S.A., en su escritura pública de constitución simultanea de SETRAMEN S.A. (parte pertinente fojas 913) se consigna en su Artículo Primero que:
- “SETRATEM S.A. es una sociedad anónima que puede operar administrando y explotando globalmente la licencia “Manpower Incorporated” en el desarrollo de sus actividades y que tiene por objeto prestar servicios laborales complementarios en general a terceros de los sectores públicos y/o privados”.*
- 2.36. Asimismo, corre de fojas 522 a 548, el Contrato de Locación de Servicios Especializados de fecha 01 de febrero de 2009 y adendas del mismo, que en sus cláusulas segunda y tercera se establece:

CLAUSULA SEGUNDA del contrato primigenio se establece que:

³⁴ <https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias>



“Por el presente contrato MANPOWER se compromete a prestar el Servicio de Actividades Promocionales, en las modalidades de Impulsación, Degustación, Sampling, Mercaderismo y Promoción de la gama de productos que comercializa NESTLÉ en el Perú; ello con el objeto de optimizar, en términos de calidad y eficiencia las actividades que NESTLÉ ha determinado”.

Asimismo, en su CLÁUSULA TERCERA (párrafo segundo y tercero) respecto a la descripción del servicio contratado precisa que:

“Para brindar este servicio MANPOWER dotará del personal calificado, capacitado y entrenado en las diversas modalidades que el servicio contempla, incluyendo el equipamiento mínimo necesario para su labor. Este equipamiento consiste en uniformes, tarjetas de identificación, material impreso de reporte, equipos de radio comunicación (sólo en caso de supervisores designados) utensilios de cocina y materiales de preparación de alimentos, así como materiales de trabajo para la instalación de material POP, que incluye entre otros, tijeras, cintas autoadhesivas, gomas, grapas, etc.

Asimismo, en la prestación del presente servicio, MANPOWER contará con un centro de operaciones exclusivamente dedicado a la gestión de las labores antes mencionadas, el mismo que se encuentra ubicado en Av. Las Camelias 180, San Isidro, Lima. En dicho centro de operaciones se llevará acabo el reclutamiento, contratación, entretenimiento, asignación de tareas y supervisión de todo el personal dedicado a la prestación del servicio en los distintos puntos de venta que NESTLÉ estime por conveniente encargar a MANPOWER”.

De igual manera en el Contrato de Locación de Servicios Especializados y adendas de fecha 01 de mayo de 2013 y 26 de abril de 2014, que corre de fojas 792 a 805, se establece en su clausula primera y segunda que:

CLAUSULA PRIMERA que:

“NESTLÉ es una persona jurídica constituida en el Perú y dedicada a la fabricación y comercialización de productos alimenticios de consumo masivo.

“Por su parte, MANPOWER es una empresa formalmente constituida dedicada a la prestación de servicios de administración y operación de actividades diversas, que brinda apoyo a los procesos operativos y administrativos de los distintos clientes que le solicitan tales servicios”.

CLAUSULA SEGUNDA en cuanto al objeto del contrato establece que:

“Por el presente Contrato MANPOWER se compromete a prestar el Servicio de Actividades Promocionales, en las modalidades de Impulsación, Degustación, sampling, Mercaderismo y Promoción de la gama de productos que comercializa NESTLÉ en el Perú; ello con el objeto de optimizar, en términos de calidad y eficiencia las actividades que NESTLÉ ha determinado.”



Asimismo, en la descripción del servicio contratado CLAUSULA TERCERA se establece que:

“Los servicios a ser prestados por MANPOWER a NESTLÉ conforme al presente contrato son las siguientes:

1. *Mercadeo en supermercados, hipermercados, autoservicios, mercados, bodegas y puntos de venta mayoristas y minoristas autorizados por NESTLÉ a nivel nacional, que incluye, entre otros, la revisión del abastecimiento de mercaderías, tales como material POP así como el Plan Merchandising.*
2. *Labores de impulso, degustación y sampling en supermercados, hipermercados, autoservicios, mercados, bodegas (...)*”

2.37. Ahora bien, de los medios probatorios que corren en autos se advierte que:

- ✚ Los correos electrónicos que se hacen mención en el numeral 78 de la sentencia recurrida, acreditan que el personal de la empresa Nestlé Perú S.A. hacia coordinaciones con la demandante respecto del reparto de afiches y salidas de material.
- ✚ Los correos electrónicos que se hacen mención en el numeral 85 de la sentencia recurrida, acreditan que la empresa usuaria Nestlé Perú S.A. solicita a la demandante y otro trabajador que “revisen donde está el módulo que prestó D y K para la feria de Nolasco”.
- ✚ Los correos electrónicos que se hacen mención en el numeral 88 a 90 de la sentencia recurrida, acreditan que la empresa usuaria Nestlé Perú S.A., a través de sus trabajadores de su empresa, remitían disposiciones a la actora en la forma que está debía cumplir sus funciones asignadas.
- ✚ Del documento de reconocimiento de participación de la demandante en el Taller “Nestlé & The Perfect Store” desarrollado el 12 y 13 de febrero de 2009, se advierte que este tiene el logotipo de la empresa Nestlé Perú S.A.
- ✚ Declaración de la demandante en la última Audiencia de Juzgamiento, esta parte manifestó que recibía las directivas de Nestlé Perú S.A. (*ver vídeo minuto 12:50*)

2.38. De lo expuesto, este Colegiado advierte, del fundamento anterior, que **la accionante se encontraba sujeta a subordinación** para la empresa NESTLÉ PERÚ S.A., pues en tales instrumentales se verifica que la mencionada empresa dictaba disposiciones a la actora. Es decir, en realidad laboraba para la empresa usuaria NESTLÉ PERÚ S.A. desde el 01 de enero de 2007 al 02 de setiembre de 2013; por lo que debe desestimarse del décimo octavo al vigésimo segundo agravio invocado, máxime aún, si como lo señala la juzgadora en la sentencia recurrida la parte codemandada MANPOWER PROFESSIONAL SERVICES S.A., no ha acreditado que contaba con más de un cliente y que tenga sus propios recursos financieros, técnicos y materiales.



- **Respecto al reintegro de remuneración por homologación:**

2.39. Es de verse del escrito de demanda y lo expuesto por el abogado de la parte demandante en la Audiencia de Juzgamiento, la pretensión de la actora versa sobre **Homologación de remuneraciones con trabajadores homólogos de igual clase de la empresa codemandada Nestlé Perú S.A.** que hayan desempeñado las diversas funciones de la actora.

2.40. En ese sentido, resulta pertinente recordar que respecto a la homologación la máxima instancia en justicia ordinaria consolida la línea ya establecida en la Casación N° 208-2005-Pasco, respecto al tema en análisis, pronunciamiento al que se remiten las recientes ejecutorias supremas. En dicha Casación de fecha 12 de diciembre de 2005 - sétimo considerando se establece:

«(...) tiene especial y decisiva repercusión en la dilucidación de la controversia establecer: a) la procedencia del homólogo con el cual se realizan las comparaciones, b) la categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo y el demandante, c) la antigüedad laboral en la empresa, las labores realizadas de ser el caso, diferenciar en forma disgregada los conceptos remunerativos que se perciban en ambos casos entre otros que se consideren necesarios (...).».

2.41. A estas pautas se debe añadir lo señalado en la Casación Laboral N° 089-2011- Piura de 23 de noviembre de 2011, mediante la cual se agrega como parámetros de comparación entre el demandante y los supuestos homólogos que **cumplan las mismas funciones y responsabilidades, antigüedad, categoría, experiencia, méritos, asistencia y eficiencia; por lo que no había fundamento para una similar remuneración.**

2.42. Siendo ello así, de conformidad con el artículo 23.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley N° 29497, **corresponde a la parte demandante acreditar los hechos que configuran su pretensión de homologación de remuneraciones con un trabajador de Nestlé Perú S.A. que haya ostentado los cargos que ha desempeñado;** y al no haber señalado cuales son los trabajadores homólogos, a efecto de poder resolver si es procedente su reintegro de remuneración por homologación; **merece desestimarse del primer al sexto agravio invocado por la parte demandante,** máxime si en la última Audiencia de Juzgamiento la parte demandante no pudo explicar tal situación (ver *vídeo minuto 01:24*); asimismo, no resulta procedente que en ejecución de sentencia a través de un informe pericial, se determine tal situación eligiendo a uno de los tantos trabajadores que tiene Nestlé Perú S.A. ha señalado en las diversas funciones que desempeño la actora, tal como lo sostuvo el abogado de la parte demandante en la Audiencia de Vista.

- **Respecto al pago de utilidades:**

- 2.43. Cabe acotar, que en la primera Audiencia de Juzgamiento (*minuto 21:09 en adelante*), la Juzgadora señaló que la pretensión del pago de beneficios sociales compensación por tiempo de servicios, vacaciones, gratificaciones y utilidades, **es todo en base a un trabajador homologo de la empresa Nestlé Perú S.A.** que percibía incentivos y comisiones, no habiendo el abogado del parte demandante cuestionado tal decisión.
- 2.44. En ese sentido, al haber la juzgadora amparado en los numerales 106 a 111, el pago de utilidades, estaría emitiendo un pronunciamiento extra-petita, por cuanto no ha sido pretensión de la parte demandante; asimismo, no le correspondería el reintegro de utilidades al haberse desestimado el reintegro de remuneraciones por homologación; **por lo que, debe ampararse del vigésimo tercero al vigésimo quinto agravio invocado por la codemandada Nestlé Perú S.A.**, revocándose este extremo de la sentencia recurrida, reformándola la declaran infundada.

• **Respecto a la indemnización por despido arbitrario:**

- 2.45. La parte codemandada señala como agravio que el vínculo laboral con la demandante, culmina por renuncia voluntaria de la actora, y que por su propia naturaleza jurídica el acto de renuncia por parte del empleador no se encuentra sujeto a validación, como incorrectamente concluye el juzgado.
- 2.46. En ese sentido, cabe acotar que el Tribunal Constitucional máximo intérprete de la Constitución Política del Estado en la sentencia recaída en el **Expediente N° 01568-2013-PA/TC** ha resuelto:

*"3.2.1. El inciso b) del artículo 16 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que la **renuncia o retiro voluntario del trabajador es una de las causas de extinción del contrato de trabajo**. En el artículo 18° dispone que "En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día.*

*3.2.2 Al respecto, este Tribunal debe precisar que la **renuncia voluntaria al centro de trabajo constituye un acto unilateral del trabajador, mediante el cual este pone en conocimiento de su empleador su deseo de extinguir la relación laboral existente entre ambos**. Dicho acto jurídico se configura como un acto de carácter recepticio, por ello debe ser comunicado al empleador conforme a las formalidades exigidas por el Decreto Supremo 003-97-TR, teniendo que aceptar la renuncia de su trabajador, pudiendo únicamente rechazar o no el pedido de exoneración de los 30 días previsto en la referida norma legal. **Es decir, la renuncia voluntaria surtirá efectos legales cuando el empleador la acepte.**" (la negrita es nuestra)*

- 2.47. Al respecto, cabe acotar si bien es cierto en líneas precedentes, se ha resuelto que la parte codemandada Nestlé Perú S.A. por desnaturalización de contratos de intermediación y tercerización es la real empleadora de la parte demandante, también es cierto, que revisado los actuados se advierte que a fojas 279, corre la **carta de renuncia de fecha 03 de setiembre de 2013**, en la cual la **actora comunica que por razones estrictamente personales da por concluida su relación laboral con la empresa Manpower Professional Services S.A. en el cargo de Ejecutiva de Ventas**; asimismo, a fojas 278, corre la Liquidación de Beneficios Sociales de fecha 02 de setiembre de 2013, en el cual se advierte que la actora cesó por **renuncia voluntaria**.
- 2.48. Ahora bien, si bien la parte demandante en la última Audiencia de Juzgamiento, **manifestó que le obligaron y coaccionaron a firmar su carta de renuncia** (*ver vídeo minuto 08:42 en adelante*); sin embargo, esta presión ejercida por la codemandada, no ha sido acreditada por la parte demandante, pretendiendo desconocer su renuncia, que emana de su propia voluntad; por lo que, siendo ello así, este Colegiado llega a la conclusión que la culminación del vínculo laboral de la demandante con la codemandada MANPOWER PROFESSIONAL SERVICES S.A. se produjo por voluntad unilateral del trabajador cuya eficacia no depende de la decisión del empleador, figura que constituye un acto jurídico, una acción propia, pura y simple del trabajador que se materializa en la extinción del vínculo laboral producido con fecha **02 de setiembre de 2019**; por lo que, **merece ampararse del vigésimo sexto al vigésimo el trigésimo primer agravio invocado por la parte codemandada**, y revocarse el extremo que ampara la indemnización por despido arbitrario, reformándola la declaran infundada.

• **Respecto a la indemnización por daño moral:**

- 2.49. Debemos señalar que el daño moral, es el menoscabo del estado de ánimo que se deriva de la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil; y, en palabras de Renato Scognamiglio: *“deben considerarse daños morales (...) aquellos que se concretan (...) en la lesión, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”*³⁵.
- 2.50. Históricamente el daño moral, siempre abarcó dos significados: *“En sentido estricto y propio, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentimientos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en la disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole material, ya en la ofensa de efectos del alma internos, naturales y lícitos (...) En sentido lato e impropio, es daño moral todo daño injustamente*

³⁵ R. Scognamiglio, Voz Danno morale, en Novissimo italiano, vol V, Turín, Utet, 1990, p.147. Citado por Leisser León en el artículo mencionado.



causado a otro, que no toque en su patrimonio ni lo disminuya, sino el que recae en cosas materiales, pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, las heridas, contusiones, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, las heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además pueden sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras que le pertenezcan”³⁶. Por tanto, el denominado daño a la persona no es sino el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico, cuya consecuencia de su lesión se reconduce finalmente en la aflicción del afectado, retornando al original concepto de daño moral.

2.51. Asimismo, debe entenderse que el daño moral a su vez comprende: **i)** el daño a la integridad física o biológica (pérdida de un brazo, lesión severa, etc.); **ii)** el daño a la integridad psicológica del sujeto; **iii)** la frustración del proyecto de vida; y, **iv)** otras vinculadas al aspecto extra patrimonial.

2.52. El artículo 1322° del Código Civil establece que:

“El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento”, y considerando que dicho dispositivo, no hace ninguna referencia específica al significado del daño moral, conceptuamos que para su valuación resulta aplicable el mismo significado del daño moral previsto en el régimen de la responsabilidad extracontractual por el artículo 1984° del Código Civil que señala: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

2.53. Al respecto, cabe acotar que en la Casación Laboral N° 4385-2015-HUANCAVELICA en su Décimo Sexto considerando se ha establecido que:

“Si bien todo cese o despido, afecta el ánimo del trabajador, este no puede ser elemento suficiente para concluirse que el daño moral deriva de la extinción de la relación laboral, pues como se ha venido desarrollando en la presente resolución, tal situación solo se presenta cuando se vulneren los supuestos previstos por el Artículo 23° de la Constitución Política del Perú, es decir, cuando en la relación laboral se menoscaben derechos fundamentales - como el derecho al trabajo, a la integridad de la persona o conductas que provoquen el menoscabo jurídicamente relevante en la esfera afectiva o sentimental del trabajador como la imputación injustificada de conductas delictivas o contrarias a la moral o a la ética que afectan el honor o reputación del trabajador-. Asimismo, se dejó establecido que el daño moral, no se produce por cualquier variación menor o natural de las condiciones de

³⁶ GABBA, Carlos Francesco. “indemnización de los daños morales”. Cuestiones prácticas de derecho civil moderno, vol. II trad. Del italiano por A. G Posada, Madrid, La España Moderna, S.A., pp. 241-242. J.



existencia, sino que esta se acredita con la alteración anormal y negativa de las mismas, jurídicamente relevante en materia de responsabilidad civil y por la gravedad y, lo evidentemente extraordinario.”

- 2.54. Asimismo, en el Pleno Nacional Laboral y Procesal Laboral llevado a cabo en la Ciudad de Tacna los días 23 y 24 de mayo de 2019, se acordó por mayoría:

"En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales: el daño extra patrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo en los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral; sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil."

- 2.55. Ahora bien, en el caso de autos la parte demandante **argumenta que al haber sido despedida con fecha 02 de setiembre de 2013, le ha originado un daño moral, en los siguientes aspectos:** a) al momento del despido contaba con 49 años de edad, situación que dificulta su posibilidad de reinsertarse a la vida laboral, ya que se requiere personal con un máximo de 30 años; b) haberse desempeñado por 27 años, en el área de comercialización de la empresa Nestlé Perú S.A., sin embargo no se le ha considerado su tiempo de servicios; c) tiene un hijo menor de edad, que se encuentra estudiando en el Colegio Pamer, donde paga una pensión de S/ 400.00 soles que deben ser asumidos por un concepto hipotecario, que originan un costo mensual de US\$ 350.00; d) su salud se ha visto afectada, generando gastos en consultas médicas, medicamentos, exámenes, entre otros. Habiéndosele diagnosticado diabetes emotiva.
- 2.56. En ese sentido, se advierte que la indemnización por daño moral que pretende la parte demandante es como consecuencia de su despido arbitrario del cual señala fue víctima, al haber sido coaccionada a firmar su carta de renuncia; sin embargo, al haberse establecido en líneas precedentes que no se ha producido un despido arbitrario, sino que la parte demandante renunció por voluntad propia, no le corresponde la indemnización que reclama; **por lo que, merece ampararse del trigésimo segundo al trigésimo cuarto agravio invocado por la parte codemandada**, y revocarse el extremo que ampara la indemnización por daño moral, reformándola la declaran infundada.

• **Integración de sentencia:**



2.57. De la revisión de la sentencia recurrida, se aprecia que la Juzgadora en los numerales 103 a 105, ha resuelto declarar infundado el extremo demandado de reintegro de remuneraciones y su incidencia en los beneficios sociales y utilidades; pero dicha decisión no se encuentran en la parte resolutive de la citada sentencia, por lo que este Colegiado en vía de integración, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 172° del Código Procesal Civil, procede a integrar dicho extremo a la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

III. DECISIÓN:

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

- ✚ **REVOCAR** la Sentencia N° 18-2019 contenida en la resolución número veinticuatro de fecha veinticinco de enero de dos mil diecinueve, corriente de fojas 1158 a 1200, en el extremo que declara FUNDADA el pago de utilidades, indemnización por despido arbitrario e indemnización por daño moral, REFORMÁNDOLA lo declaran INFUNDADA
- ✚ **CONFIRMAR** la sentencia antes acotada en lo demás que contiene e **INTEGRAR** lo resuelto en el numeral 2.57; en consecuencia:
 1. Se **DECLARA INFUNDADAS** las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandada, caducidad, prescripción extintiva y de representación defectuosa pasiva de la empresa NESTLÉ PERÚ S.A.
 2. Se **DECLARA** la desnaturalización de los contratos celebrados entre las codemandadas LP SERVICIOS TEMPORALES S.R.L., SERVICIOS INTEGRALES VALPARAISO LTDA., L y P ASOCIADOS S.A.C. y MANPOWER PROFESSIONAL SERVICES S.A. y la codemandada NESTLÉ PERÚ S.A.; y en consecuencia la existencia de una relación laboral de duración indeterminada entre la parte ROSA CECILIA DIAZ DIAZ con NESTLE PERÚ S.A., bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N°728.
 3. Se **DISPONE** que la parte codemandada NESTLE PERÚ S.A. expida a la actora el correspondiente certificado de trabajo a favor de la parte demandante por el periodo de octubre de 1986 al 02 de setiembre de 2013.
 4. Se **DECLARA INFUNDADO** el extremo demandado de reintegro de remuneraciones y su incidencia en los beneficios sociales y utilidades.
 5. Se **ORDENA** a la parte codemandada NESTLE PERÚ S.A. al pago de costas y costos del proceso



En los seguidos por **ROSA CECILIA DIAZ DIAZ** contra **NESTLÉ PERÚ S.A. Y OTROS** sobre Desnaturalización de contrato de tercerización y otros, notifíquese y devuélvase al 13° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima. *JBZ/ehs*

Lpderecho.pe