



EXP. N° 20602-2016-0-1801-JR-LA-07

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

VASCONES RUIZ

ALMEIDA CARDENAS

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

SENTENCIA DE VISTA

Lima, dos de julio del dos mil diecinueve.-

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**, 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 la parte demandada, **UNION DE CONCRETERAS S.A.**, contra la Sentencia N° 289-2018 contenida mediante Resolución de fecha 31 de octubre de 2018 (a fojas 498 a 511), en el cual se declaró fundada la demanda, ordenando el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado a partir del 17 de febrero de 2012 hasta el término de la relación laboral, se cumpla con reponer al demandante en su puesto de trabajo o otro de similar categoría y se abone el pago de los costos y cotas; declarando infundado la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada, la caducidad, la tacha deducida contra un medio probatorio.

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

La parte demandante, **UNION DE CONCRETERAS S.A.**, en su recurso de apelación, a fojas 538 a 559, refiere que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, señalando los siguientes agravios:

- i. El despacho incurre en error al momento de sostener la existencia de una desnaturalización del régimen de intermediación laboral y ordena la



- reposición por un despido nulo, pues no se ha valorado adecuadamente la excepción de caducidad formulada por la demandada. Para ello, no se ha tenido presente que el cese de la relación laboral se produjo el 31 de julio de 2015 y no el 01 de octubre de 2016, al observarse que la renuncia se produjo en la fecha señalada, conforme a la valoración de los medios probatorios ofrecidos. (Agravio N°01)
- ii. Al momento de expedirse la sentencia, el órgano jurisdiccional no ha considerado que la única relación laboral que ha existido es la vinculación entre el demandante y al codemandada Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Global Business And Human. (Agravio N° 02)
 - iii. No se han analizado válidamente los medios probatorios, pues - conforme a la carta de renuncia presentada por el demandante- se aprecia que el actor conocía perfectamente su relación laboral con la empresa empleadora. Asimismo, no se ha tenido presente que la Resolución N° 016-2014-SUNAFIL/ILM/SIRE2 y la Resolución de Intendencia N° 056-2014-SUNAFIL/ILM han sido declaradas nulas en base a la valoración jurídica de un proceso judicial posterior. Asimismo, no se advierte que -mediante la Escritura Pública B° 1462 expedido por el Notario Público de Lima Julio Antonio Pozo Valdez e inscrito en la Partida N° 0010960- se modificó el objeto social de la empresa, por el cual el servicio de distribución del concreto no ha formado parte del objeto social de la empresa, aún más si -a partir del mes de julio de 2015- la empresa inició por su propia cuenta el proceso de distribución y transporte del concreto pre mezclado. (Agravio N°03)
 - iv. Existe un error al momento de declarar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado a causa de una presunta desnaturalización del régimen de intermediación laboral, pues no se ha analizado la validez del contrato de trabajo sujeto a modalidad por inicio de actividad, con fecha 20 de julio de 2015, en relación con la calificación de la causa objetiva. (Agravio N°04)
 - v. No se ha configurado un despido nulo en la presente causa, pues el demandante no ha sido cesado por su afiliación sindical, pues UNICON cesó a diversos trabajadores por una disminución de la producción de ventas y al cese del plazo contratado. (Agravio N° 05)
 - vi. Existe un error judicial al momento de haber declarado la improcedencia de la tacha contra el CD y la transcripción de la conversación (entre el demandante y el administrador de la empresa), pues en la empresa UNICON no cuenta con un trabajador que ostente el cargo de administrador, pues don José Alberto Medina López no ha ostentado el cargo de administrador. (Agravio N°06)

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.- El Derecho Constitucional al Debido Proceso.- La doctrina procesalista y constitucionalista ha sostenido que el Debido Proceso, regulado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, es un Derecho Fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no solo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional o administrativa¹, en donde se comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetivo, en tanto que asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícitos los fines sociales y colectivos de la justicia².

Con ello, el referido colegiado constitucional, conforme a lo señalado en los expedientes N° 00090-2004-AA/TC, N° 3421-2005-HC/TC, N° 1656-2006-PA/TC, N° 5627-2008-PA/TC, N° 2906-2011-PA/TC y N° 5037-2011-PA/TC, ha observado que *"(...)El Debido Proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos (...) Está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo -como en el caso de autos- o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) El derecho*

¹ Para la autora Eugenia Ariano Deho sostiene que un Debido Proceso es aquel que incorpora garantías mínimas, asegurando a las partes un tratamiento paritario, una paridad de armas al interior del mismo proceso, pero además, es debido el proceso cuando es conocido por un juez auténticamente independiente e imparcial. Texto citado por ABAD YUPANQUI SAMUEL B, *"El Proceso Constitucional de Amparo"*, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, Pág. N° 366.

² REYNALDO BUSTAMANTE, *"Derechos Fundamentales y Proceso Justo"*, Lima, 2001, Pág. 236, citado por LANDA ARROYO CESAR, *"La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú"*, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 498.



fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva -que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales-, sino también en una dimensión sustantiva -que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona devienen en arbitrarios.”

Además, se deberá analizar con criterio de conciencia, que también en la Tutela Procesal Efectiva – en el cual forma parte el Debido Proceso- la razonabilidad y proporcionalidad de una medida adoptada –en sede administrativa o judicial- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad³.

TERCERO.- Sobre la Motivación de las Resoluciones Judiciales.- 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 manera⁴. 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 defensa⁵; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N° 4215 -2010-PA/TC , N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegio de constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que *“La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales*

³ LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.

⁴ Ibidem, pág. 532

⁵ Ibidem, pág. 532



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”.

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

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

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.*
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].*
- d) *La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar*



respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

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

CUARTO.- 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. De ello, 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 paridas de condiciones y oportunidades en función del derecho fundamental a la igualdad ya descrito⁶.

⁶ LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 500.



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 realizado⁷.

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; y 4) Pertinencia de la prueba, según la cual la prueba se reputará pertinente si guarda relación directa con el objeto de procedimiento⁸.

De esta forma, el Tribunal Constitucional ha delimitado el presente derecho, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 01 0-2002-AI/TC y N° 1014-2007-PHC/TC, al momento de señalar que *"(...) 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 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 (...) El Tribunal Constitucional estima que, si bien la realización de un proceso con las debidas garantías es un derecho que se debe respetar en toda*

⁷ Ibidem, pág. 525

⁸ Ibidem, pág. 526



circunstancia, también lo es que, la limitación de determinados contenidos, como el de interrogar a los que elaboran el atestado policial, se encuentra perfectamente justificada si es que, con tal limitación, el legislador persigue proteger derechos fundamentales tan valiosos como la vida y la integridad personal(...); en ese sentido, el tribunal ha reiterado que "(...) 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, en principio, no correspondería analizar tal temática en una sentencia como la presente, cuyo propósito es realizar un control en abstracto de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Empero, de modo excepcional, y dada la especial trascendencia que la presente sentencia reviste, 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.

QUINTO.- Sobre el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.- Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, se podrá apreciar que la misma es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho (configurado en los artículos 3º y 43º Constitución Política del Perú), pues se ha plasmado expresamente en el artículo 200º de la carta magna, en donde su naturaleza se sujetará en las estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; por ello, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁹.

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

⁹ LANDA ARROYO CESAR, "La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú", Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. 514.



actuaciones de la administración estatal¹⁰; pero se deberá tener presente que el requisito de razonabilidad deberá excluir necesariamente la arbitrariedad, pues la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, se concluye que una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), será esencialmente antijurídica.

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

¹⁰ Para ello, en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ya ha descrito que "(...) De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor(...) La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente. Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales. La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión. La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.(...)Ahora bien, la discrecionalidad puede vincularse a algunas de las cuatro materias siguientes:

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

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

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

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

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



Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

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

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

SEXTO: De esta manera, se deberá analizar con criterio de conciencia, que también en la Tutela Procesal Efectiva – en el cual forma parte el Debido Proceso- la razonabilidad y proporcionalidad de una medida adoptada –en sede administrativa o judicial- se circunscribe como una garantía mínima que los particulares y el propio Estado deberán considerar, pues, en su dimensión sustancial, permite que estas garantías mínimas (los cuales no se limitan a los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la Constitución) se extiendan a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución Política), o que sean esenciales para cumplir con su finalidad¹¹.

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

Asimismo, a través de los expedientes N° 0090-2004- AA/TC y N° 2192-2004- AA/TC, el propio TC ha reiterado el presente criterio, pues *“(...) Las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no*

¹¹ Ibidem, Pág. 514.



pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente jurídicas y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la crítica racional (...) Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte (...) Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia (...) En ese contexto, al Tribunal Constitucional le corresponde verificar que existan dichas razones, que éstas no contradigan los hechos determinantes de la realidad y que tengan consistencia lógica y coherente con los objetivos del acto discrecional (...).”

SETIMO: Del principio constitucional de Interdicción de la Arbitrariedad.-

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

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

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

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”, en donde “El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica(...).”

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

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECIFICO

OCTAVO.- Respecto a la Excepción de Caducidad.- La excepción de caducidad viene a ser la pérdida de procedencia o efectividad de la demanda, en virtud de la falta de ejercicio de la acción dentro de del plazo señalado por ley, es decir, en base a la aplicación de la presente excepción, no se perderá el derecho a accionar pero si a que la misma no sea atendida judicialmente



basado en la propia inactividad de la parte interesada; en efecto, la presente excepción procesal es una modalidad formulada, de carácter perentorio, destinado a cuestionar un aspecto formal conforme al plazo facultado por la norma.

Por ello, en materia ordinaria laboral, el artículo 36° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, determinó que el plazo aplicable para los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad es de 30 días naturales, al momento de regularse que *"El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho. (...) Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho.(...)La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a el, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento".* Ahora, si bien es verdad que el plazo de caducidad se encuentra regulado mediante una norma expresa con carácter de ius imperium.

En efecto, si bien es verdad que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, a través de la Casación N° 691-2014-Lima, ha establecido que *"(...) El artículo 36° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por el que se calificó y declaró procedente el recurso de casación, dispone que el plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho (...) La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas liquidas que le adeude el empleador. Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho (...) La caducidad constituye un medio de extinción de la pretensión procesal y como tal extingue el derecho y la acción correspondiente; se encuentra determinada por el transcurso del tiempo y su plazo tiene por característica ser perentorio. La declaración de caducidad obedecerá a la facultad oficiosa del juez o a la petición de parte, en ese sentido, vía excepción (...)"*.

NOVENO.- Del caso en concreto (Agravio N° 01).- Por tal razón, de los actuados, se aprecia que la parte demandante sostiene que el cese de la relación laboral se produjo el 31 de julio de 2015 y no el 01 de octubre de 2016, al observarse que la renuncia se produjo en la fecha señalada y ha existido una relación laboral mediante un contrato sujeto a modalidad, conforme a la valoración de los medios probatorios ofrecidos; ante ello, el órgano jurisdiccional ha considerado que la presente excepción deberá declararse improcedente, pues -ante la controversia de la validez del régimen de intermediación laboral entre la empresa UNICON y la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Global Business and Human Resources Ltda.- el proceso requiere un proceso de fondo, adicionando que la causal de



despido nulo se ha emplazado contra la codemandada UNICON conforme al vencimiento del cumplimiento del plazo contratado.

De esta manera, de la revisión de los actuados, **este Colegiado Superior** advierte que -efectivamente- el término de la relación del contrato de trabajo sujeto a modalidad por necesidad de mercado se ha producido el 01 de octubre de 2016, por cuanto (de la Constatación Policial expedida por la Comisaría PNP Santa Anita REGPOL - Lima, su fecha 04 de octubre de 2016, a fojas 37, así como de las boletas de pago expedidas por la empresa UNICON en agosto 2015 y julio 2016, a fojas 33 a 34) se aprecia que la relación laboral con la empresa UNICON se ha mantenido vigente hasta el vencimiento del contrato de trabajo sujeto a modalidad citado, pues en esta controversia se cuestiona la validez de la presunta causal de despido nulo ejecutada por esta empresa, al existir una presunta simulación contractual en base al vencimiento del plazo contratado.

Así, a pesar de la desnaturalización del régimen de intermediación laboral entre las empresas codemandadas, se concluye en forma objetiva que la causa central del término de la relación laboral se ha producido concretamente en el despido realizado por la empresa apelante, pues la misma ha sido la acción concomitante para poder evaluarse su validez en este proceso laboral.

Por lo que, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**, debiendo declararse su nulidad, con la finalidad que la Judicatura se pronuncie sobre el fondo de la controversia.

DECIMO.- De la excepción procesal de falta de legitimidad para obrar.- Ahora bien, la excepción de falta de legitimidad para obrar, tanto la activa como la pasiva, es una figura jurídica procesal reconocida en el Código Procesal Civil, en donde su incorporación tiene como finalidad evitar la prosecución de un proceso en el que la relación jurídica procesal es extraña a la relación sustantiva que le sirve de instrumento; en tal sentido, la presente figura jurídica permite que el Juez pueda evaluar la prosecución de un proceso que no comprende a los realmente afectados y comprometidos en su decisión, por ser titulares de la relación sustantiva.¹²

En tal sentido, dicha excepción es admitida cuando la parte demandada no se encuentra legitimada para intervenir como tal en un determinado proceso frente a la o las pretensiones formuladas en su contra. Tan cierto es lo afirmado, que, mediante el criterio recaído en el Exp. N° 03610-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que *"Cuando se plantea lo que es la legitimidad para obrar se alude específicamente a la capacidad legal que tenga un demandante para interponer su acción y plantear su pretensión a efectos de que el juez analice y verifique tal condición para admitir la demanda (...) La legitimidad para obrar es la posición habilitante en la que se encuentra una persona para poder plantear determinada pretensión en un proceso. En este caso, la posición habilitante para poder plantear una pretensión en un proceso se le otorga a quien afirma ser parte en la relación jurídico sustantiva que da*

¹² MONROY GÁLVEZ JUAN, "Temas del Proceso Civil", 1987, pág. 183



origen al conflicto de intereses (...) En ese sentido, tendrá legitimidad para obrar, en principio, quien en un proceso afirme ser titular del derecho que se discute", asimismo, en materia ordinaria, la Sala Civil Permanente y la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República han reafirmado tal naturaleza jurídica, al momento de sostener, a través de la Casaciones N° 589-2010 y N° 2493-2002, que "La legitimidad para obrar como aquella identidad que existe entre la persona que la ley autoriza a solicitar la actividad jurisdiccional en resguardo de determinados derechos de tipo material, y la persona que interpone la demanda o a quien debe dirigirse la pretensión, en razón a que esta posesión resulta más coherente con la concepción de la acción o de la tutela jurisdiccional efectiva, según la cual para que se cumpla con la legitimidad para obrar, bastará la afirmación de la existencia de la posición autorizada por la ley(...)Para tener legitimidad para obrar activa (del demandante) no es necesario ser titular de un derecho, sino expresar una posición habilitante para demandar, toda vez que la titularidad del derecho es una cuestión de fondo que deberá ser dilucidada en la sentencia, en tanto que la posición habilitante es una condición procesal mínima para establecer la existencia de una relación jurídico procesal válida".

DECIMO PRIMERO.- Del Caso Concreto (Agravio N° 02).- Para tal fin, la codemandada, UNICON, sostiene que la sentencia de primera instancia no ha motivado adecuadamente la inclusión de su representada en el proceso, pues la relación laboral se ha producido con el su empleadora, empresa Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Global Business and Human Resources Ltda.; sin embargo, se observa que se ha declarado infundada la excepción propuesta por cuanto existiría una controversia a revolver en el pronunciamiento de fondo. En efecto, al tener presente que la impugnación del cese de la relación por un presunto despido nulo por afectación a la libertad sindical, se podrá concluir que no procederá amparar el agravio formulado, por existir una relación jurídica material relacionada con la impugnación del despido.

De esta manera, se podrá concluir que el órgano jurisdiccional ha motivado debidamente su relación, al tener presente la relación procesal y su necesidad para poder evaluar la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado y la impugnación del despido por causales establecidas en la propia norma.

Con ello, **no corresponde amparar el agravio deducido por parte de la codemandada**, debiendo confirmarse la sentencia en el referido extremo.

DECIMO SEGUNDO.- Respecto al régimen de intermediación laboral en el Perú.- La descentralización productiva constituye un fenómeno en virtud del cual las empresas se alejan de la forma tradicional que concentraba toda la actividad productiva en una sola entidad, para poder adaptarse a las variaciones en el mercado; de esta manera, el contexto de inestabilidad y competencia entre diversas empresas hicieron necesaria la aparición de nuevas formas de fragmentación de los procesos productivos, desplazando ciertas áreas o actividades que usualmente realizaban con el objeto que fuesen



desarrolladas por otras empresas con las que suscribían contratos de cooperación de diverso tipo. En ese contexto, aparece la figura jurídica de la subcontratación, cuyo principal beneficio fue el de descentralizar el proceso productivo de una empresa y otorgárselo a diversas empresas colaboradoras, quienes son las que asumen con cargo a sus propios recursos el desarrollo de las actividades encomendadas por la empresa principal o usuaria; asimismo, dentro de las diversas figuras en las que se aprecia la subcontratación se encuentran: la intermediación y la tercerización de servicios.

Sobre ello, la intermediación se caracteriza por la prestación de un servicio complementario, por temporalidad o actividad especializada por parte de empresas contratistas; para poder desarrollar una determinada actividad y en donde los trabajadores prestarán servicios bajo la dirección de la empresa principal, sin que se configure una distribución direccional de poderes del empleador¹³. Es decir, para que se configura válidamente el régimen de intermediación laboral, la empresa contratista podrá ceder al trabajador a la empresa usuaria bajo su propio nivel organizativo trabajo conforme a los poderes de la empresa principal; en forma contraria a la autonomía de los medios materiales para la prestación del servicio contratado, bajo su cuenta y riesgo, propios del régimen de tercerización laboral¹⁴.

Así, el artículo 02° de la Ley N° 27626 ha establecido en forma expresa que *"La intermediación laboral sólo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, y tendrá como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral"*; asimismo la referida Ley ha precisado 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"*; por lo que *"los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa"*; por ello, las empresas o cooperativas que brinden el servicio de intermediación deberán encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

¹³ CRUZ VILLALÓN JESUS en su libro *"Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales"*, en Revista de Trabajo y Seguridad Social, N° 13, Madrid, 1994, Pág. N° 8; reitera que una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el fin de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diversos tipos.

¹⁴ Para SANGUINETTI RAYMOND WILFREDO en su trabajo *"La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?"*, en A.A.W. Los principios del derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al profesor Américo Pía Rodríguez, SPDTSS, Lima, 2004; desarrolla que la prestación de servicios integrales y autónomos, en donde importa: i) Una segmentación de la actividad o proceso de la empresa que se desea tercerizar; ii) La prestación de dicha actividad o proceso por un tercero con capacidad que le permita ejecutar su prestación en forma autónoma; y iii) Relaciones de coordinación entre la empresa principal y el contratista.



DECIMO TERCERO.- De ello, la propia norma ha regulado, en forma expresa, que la actividad de la intermediación laboral podrá realizarse válidamente a través de tres actividades, esto es: i) Empresas de servicios temporales, ii) Empresas de Servicios Complementarios y iii) Empresas de Servicios Especializados; de ahí que, en el caso de las cooperativas, los servicios podrán ser ejercidas por una Cooperativas de Trabajo Temporal o una Cooperativas de Trabajo y Fomento del Empleo.

Por tal razón, se advierte que -en ninguna circunstancia- nuestra legislación ha permitido que las empresas contratistas puedan realizar servicios en actividades propias de la empresa principal usuaria, por cuanto tal actividad ha sido destinada al régimen de la tercerización laboral y conforme a sus normas especiales; pues -primigeniamente- el artículo 4° del reglamento de la Ley de Intermediación Laboral N° 27626 había previsto los casos en los cuales no se calificarán actos imputados por las partes como parte del régimen de intermediación laboral, pues los mismos estarían excluidos del presente régimen los servicios las empresas que presten -en calidad de empresas contratistas o subcontratistas- tareas contratadas por su cuenta y riesgo, cuenten con propios recursos financieros, técnicos o materiales, y en donde sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Asimismo, para su propia caracterización, se ha añadido que tales empresas deberán tener pluralidad de clientes, equipamiento propio, en donde la retribución de la obra o servicio no se deberá tratar de una simple provisión de personal; el cual no se advierte en el régimen de la intermediación laboral.

En consecuencia, se deberá tener presente que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido que -a través de la Casación N° 1695-2012-Moquegua- "(...) Estando a lo normado por el artículo 11 de la Ley N° 27626 que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, el Decreto Supremo N° 008-2007-TR, modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, y el artículo 3 de la Ley N° 27626, no se puede afirmar que la actividad (...) consustancial a la actividad principal de la empresa usuaria, dado que se trata de una actividad complementaria (...)".

DECIMO CUARTO.- Con relación a tal circunstancia, el sistema de intermediación ha previsto que los servicios deberán encontrarse ligados a un servicio complementario, por temporalidad o actividad especializada; pues la legislación prevé que una empresa de servicio temporal destacará a sus trabajadores o socios-trabajadores al centro de trabajo o lugar de operaciones de la empresa usuaria para desarrollar labores de carácter ocasional o por suplencia. Ahora, respecto a los servicios complementarios, tales solamente podrán destacar a su personal a la empresa usuaria para desarrollar actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio de éstas.

Respecto a las empresas de servicios especializados, la misma es un servicio auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados; en donde las



cooperativa de trabajo y fomento del empleo puede prestar servicios de carácter complementario o especializado.

Por ello, el Decreto Supremo N°003-2002-TR, se definió a la actividad principal como “*Aquella que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo*”; a la actividad complementaria como “*Aquella que es de carácter auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal, tal como la actividad de vigilancia, seguridad, mantenimiento, mensajería externa y limpieza*” y, asimismo, a la actividad de alta especialización como “*Aquella auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados*”.

DECIMO QUINTO.- Del caso en concreto (Agravio N° 03).- En el presente caso, **la parte apelante** reitera que no se han analizado válidamente los medios probatorios ofrecido en el proceso, pues -conforme a la carta de renuncia presentada por el demandante- se aprecia que el actor conocía perfectamente su relación laboral con la empresa empleadora Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Global Business and Human Resources Ltda. Asimismo, considera que no se ha tenido presente que la Resolución N°016-2014-SUNAFIL/ILM/SIRE2 y la Resolución de Intendencia N° 056-2014-SUNAFIL/ILM han sido declaradas nulas en base a la valoración jurídica de un proceso judicial posterior.

En ese sentido, en el agravio formulado, reitera a que -mediante la Escritura Pública B° 1462 expedido por el Notario Público de Lima Julio Antonio Pozo Valdez e inscrito en la Partida N° 0010960 realizado en el año 2009- se modificó el objeto social de la empresa, por el cual el servicio de distribución del concreto no ha formado parte del objeto social de la empresa, aún más si -a partir del mes de julio de 2015- la empresa inició por su propia cuenta el proceso de distribución y transporte del concreto pre mezclado; por lo que, considera que ha existido un error al momento de declarar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado a causa de una presunta desnaturalización del régimen de intermediación laboral, pues no se ha analizado la validez del contrato de trabajo sujeto a modalidad por inicio de actividad, con fecha 20 de julio de 2015, en relación con la calificación de la causa objetiva.

Para tal efecto, reitera que el órgano jurisdiccional de primera instancia no ha analizado válidamente los medios probatorios ofrecidos por las partes, pues -conforme a la carta de renuncia presentada por el demandante- se aprecia que el actor conocía perfectamente su relación laboral con la empresa Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Global Business and Human Resources Ltda.; además, indica que no se ha tenido presente que la Resolución N°016-2014-SUNAFIL/ILM/SIRE2 y la Resolución de Intendencia N° 056-2014-SUNAFIL/ILM han sido declaradas nulas en base a la valoración jurídica de un proceso judicial posterior.



Ahora bien, el **órgano jurisdiccional**, en su fallo, ha considerado que la empresa Unión de Concreteras S.A. (UNICON) suscribió un contrato de locación de servicios con la empresa Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Global Business and Human Resources Ltda entre el periodo 20 de octubre de 2008 al 25 de junio de 2015, en donde la empresa UNICON contrata los servicios de la empresa contratista con la finalidad que los socios trabajadores de ésta última ejecuten las labores específicas de la conducción de vehículos, el cual se encuentra considerado como una actividad complementaria. Ante ello, el Juzgado considera que la empresa contratista requirió los servicios del demandante para ejecute la actividad de conductor de vehículos (MIXER) del 17 de febrero de 2012 al 31 de julio de 2015, conllevando a una desnaturalización del régimen de intermediación, pues el recurrente ejecutó sus labores como conductor de vehículo mixer, los cuales son labores permanentes en servicio de la empresa principal.

DECIMO SEXTO.- Por consiguiente, al tener presente que el objeto de la desnaturalización del régimen de intermediación laboral se sujetará, en el presente caso, a la calificación de la labor ejercida del demandante como conductor del vehículo mixer sobre la actividad principal de la empresa UNICON; por lo que, **este Colegiado Superior** deberá analizar con criterio de conciencia que el objeto social de la empresa UNICON, con la finalidad de concluir en forma razonable si la relación laboral ha recaído en una relación laboral a plazo indeterminado a causa de la simulación del régimen de intermediación laboral.

Para ello, se advierte que -conforme al Testimonio expedido por el señor Notario Público de Lima Julio Antonio Del Pozo Valdez- la empresa UNICON modificó el artículo segundo del estatuto de la empresa (a fojas 106) por el cual se indicó que:

"El Presidente informó a los señores accionantes que, a la fecha, los servicios de conducción de los camiones concreteros, así como de las bombas, vienen siendo prestados por una tercera entidad especializada en la prestación de dichos servicios y otras actividades complementarias a las de producción de concreto, que es nuestra actividad principal, razón por la cual es necesario modificar el objeto social de la empresa, con la finalidad de excluir del mismo el transporte del concreto y sus derivados, proponiendo como nuevo texto del Artículo Segundo del Estatuto, el siguiente:

***Artículo Segundo:** Objeto Social. La sociedad tiene por objeto dedicarse a la fabricación de todo tipo y toda clase de concreto, incluida su comercialización y venta; a las actividades mineras, a la producción y comercialización de materiales de construcción en general, incluso fabricación y/o prefabricados, así como a la operación de sus bienes o instalaciones en general. (...) La sociedad podrá efectuar todas las operaciones, actos o contratos y desarrollar las actividades necesarias y convenientes para la producción y comercialización de todo tipo y toda clase de concretos y materiales de construcción (...)"*



Ahora bien, de la celebración de la vista de la causa, se advierte que el defensor de la empresa demandada ha sostenido que *"A partir del año 2015, se extinguió el vínculo contractual con la cooperativa, pues creyó necesario iniciar el proceso de distribución por cuenta propia"* (minutos 00:07:20 a 00:07:31), en donde *"Dentro del proceso en el año 2015, no existía un proceso de distribución, pero a partir de ese año se inició un proceso de distribución del concreto en forma efectiva"* (minutos 00:10:10 a 00:10:34); así, el propio abogado de la defensa reitera que *"No, la figura para nosotros fuente la figura de la resolución contractual desde el mes de julio de 2015, ha sido de hecho, no se cambió el objeto social"*; en ese sentido, se podrá apreciar que el cambio del objeto social (en el cual se ha realizado de hecho) se ha producido aparentemente al inicio de la relación laboral con la parte demandante y la empresa UNICON, en donde ahora tal empresa ha asumido la función organizacional de transporte del concreto.

Así, se podrá apreciar de manera objetiva que existe una duda razonable al momento de valorar la modificación del objeto social dentro del inicio de la nueva relación laboral (el cual se produjo de hecho), pues no es causa suficiente que solamente se precise oralmente ante esta instancia que -a partir de julio de 2015- se incorporó el proceso de transporte de concreto, pues la parte demandada no ha ofrecido un medio probatorio idóneo por el cual se aprecie que (de forma efectiva) desde tal fecha se inició el desarrollo las actividades de transporte y no en forma previa a la extinción de la relación laboral con la empresa Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Global Business and Human Resources Ltda, pues se adiciona el hecho que el trabajador demandante ha realizado la misma actividad (conductor mixer de vehículos) dentro de la relación laboral con ambas empresas codemandadas hasta el despido producido con posterioridad.

Por consiguiente, al existir una prohibición expresa de intermediar una función propia de la actividad principal (el cual se realizó en la realidad), se aprecia una duda razonable (conforme al principio de condición más beneficiosa) sobre la causal de desnaturalización del régimen de tercerización, por cuanto no se advierte que la modificación de la razón social se haya dado con posterioridad al término de la relación contractual entre ambas empresas codemandadas y conllevando a que esta instancia confirme los fundamentos de la sentencia en este extremo.

Entonces, **no se admitirá el agravio deducido por la demandada**, debiendo confirmarse la sentencia en este extremo.

DECIMO SETIMO.- Respecto a la causa objetiva de los contratos sujetos a modalidad.- En materia laboral, la causa objetiva en la contratación es una garantía fundamental que permite establecer la naturaleza del trabajo realizado, con la finalidad de concretar si la labor desempeñada por el trabajador es de carácter permanente o temporal, o si nos encontramos dentro de los supuestos de Simulación Relativa o Fraude a la Ley. En efecto, la propia



doctrina laboralista¹⁵ sostiene que el principio de causalidad de la contratación temporal no es más que una manifestación de un principio de mayor alcance, como es el de estabilidad en el empleo¹⁶, pues su finalidad siempre ha sido concretar en forma efectiva que el vínculo laboral continúe permanentemente, siempre que el trabajador pueda cumplir adecuadamente con sus obligaciones laborales y no se encuentre sujeto a una falta grave que pueda acarrear un despido justificado; así, se reitera pues, de un lado, se deberá priorizar una clara preferencia por los contratos de trabajo por tiempo indefinido sobre los de duración determinada, y (por el otro) se establecerán reglas que protejan al trabajador frente al despido sin causa o acto desproporcionado¹⁷.

Por ello, la preferencia por los contratos por tiempo indefinido en la que se concreta la Estabilidad Laboral se instrumentaliza mediante la adopción de criterios objetivos que permitan vincular el tipo contractual con la naturaleza de las labores a desarrollar¹⁸, los cuales operarán al margen y en sustitución de la voluntad de los contratantes; así, conforme a la presente premisa, lo que determina la opción por un contrato por tiempo indefinido o de duración determinada no serán los intereses de las partes, sino la función a desempeñar, es decir, el tipo de necesidad empresarial que a través del contrato ha de atenderse. De esta forma podrá recurrirse a los contratos de duración determinada cuando la labor a desarrollar sea de alcance limitado en el tiempo, caso contrario, los contratos por tiempo indefinido serán la regla primigenia.

Asimismo, el artículo 27° de la Constitución Política del Perú impone al legislador la obligación de ofrecer una adecuada protección frente al despido arbitrario, de conformidad con los garantías restitutorias declaradas por el TC a través de los expedientes N° 976-2001-AA/TC, N° 112 4-2001-AA/TC y N° 0206-2005-PA/TC; en cuanto la existencia de un régimen de protección contra el despido sin causa, no sería capaz de garantizar ese objetivo si las partes tuviesen la posibilidad de determinar libremente la duración del contrato de trabajo¹⁹, pues dicha protección podría ser eludida por el empleador mediante el sencillo expediente de concertar con el trabajador uno o varios contratos de duración determinada sucesivos. En materia legislativa, el artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral normado por el D.L. N° 003-97-TR regula que "*Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada (...) Si el trabajador continúa laborando después de... Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas*

¹⁵ ARCE ORTIZ ELMER, "*Estabilidad Laboral y Contratos Temporales*", Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 10.

¹⁶ SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, "*Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada*", Edit. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2008, Pág. 16-22.

¹⁷ SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, "*El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana*", en la obra colectiva "*Trabajo y Constitución*" coordinado por Javier Neves Mujica (Director), Cultural Cuzco, Lima, 1989, Pág. 90-100.

¹⁸ ARCE ORTIZ ELMER, "*Estabilidad Laboral y Contratos Temporales*", Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 08.

¹⁹ SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, "*Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada*", Edit. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, 2008, Pág. 16-22.



establecidas en la presente ley", en donde la simulación corresponderá la declaratoria de ineficacia de la temporalidad del contrato impugnado.

DECIMO OCTAVO.- Al respecto, la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, a través de la Casación N° 16005-2015-Lima, ha señalado en forma clara y concreta que *"Para efectos de la validez del contrato (...) deberá necesariamente constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, las causas objetivas determinantes de la contratación, y las demás condiciones de la relación laboral, observándose las formalidades previstas en los artículos 72° y 73° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (...) Los requisitos establecidos en las normas acotadas resultan relevantes en la medida que los contratos modales son una excepción a la regla de contratación general, al regirse por el criterio de temporalidad, a diferencia del contrato de trabajo a plazo indeterminado previsto en el artículo 4° de la norma citada; en tal sentido en la celebración del contrato a plazo determinado se hace necesario verificar la causa objetiva que origina la contratación temporal, por el principio de causalidad".* De igual forma, a través de la Casación N° 7277-2 016-Moquegua, la Corte Suprema expresa que *"Las características más relevantes de los contratos a plazo fijo en la regulación laboral son las siguientes: a) el contrato a plazo fijo confiere a los trabajadores acceso a todos los derechos y beneficios sociales previstos para los trabajadores contratados a plazo indefinido (derechos individuales como colectivos, aun cuando, en la práctica, haya políticas y convenios colectivos que no excluyen la percepción de ciertas compensaciones o beneficios al personal contratado a plazo fijo); b) sobre estos contratos atípicos hay que indicar que no solamente se debe invocar la causal respectiva de contratación (es el único contrato de trabajo que requiere de una causa de contratación), sino que dicha causa debe haberse configurado para que proceda la contratación temporal, ocupando menos, se debe encontrar ante el supuesto legal para la contratación de personal temporal; c) en cuanto al plazo máximo, cada modalidad tiene una duración en función de la existencia de la causa temporal o simplemente el plazo máximo establecido por el legislador, sin que ningún caso se exceda de cinco años. Asimismo, es posible renovar los contratos a plazo fijo respetando el plazo máximo aplicable para cada modalidad de contratación".*

Asimismo, en cuanto a las formalidades previstas en la Ley, la Corte Suprema de la República, tal como la recaída en la Casación N° 12961-2014-Cusco ha señalado en forma clara y concreta que *"Para efectos de la validez del contrato (...) deberá necesariamente constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, las causas objetivas determinantes de la contratación, y las demás condiciones de la relación laboral, observándose las formalidades previstas en los artículos 72° y 73° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (...) Los requisitos establecidos en las normas acotadas resultan relevantes en la medida que los contratos modales son una excepción a la regla de contratación general, al regirse por el criterio de temporalidad, a diferencia del contrato de*



trabajo a plazo indeterminado previsto en el artículo 4° de la norma citada; en tal sentido en la celebración del contrato a plazo determinado se hace necesario verificar la causa objetiva que origina la contratación temporal, por el principio de causalidad".

DECIMO NOVENO.- Del contrato modal por inicio o incremento de actividad.- El artículo 57° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el D.L. N° 003-97-TR dispone que *"El contrato temporal por inicio una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años. Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa"*, en donde el incremento de la nueva actividad incluirá -implícitamente- el inicio de una actividad empresarial no planificada al momento de la constitución, en el marco de una nueva personería jurídica o de nuevos establecimientos o centros de trabajo, si se toma como referencia el sustrato orgánico que sustenta la actividad empresarial, sin la necesidad de constituir una nueva empresa o abrir nuevos centros o establecimientos²⁰.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en los Expedientes N° 00232-2010-PA/TC, N° 00202-2012-PA/TC y N.° 03683-2 012-PA/TC, ha señalado que *"No es que los contratos sujetos a modalidad puedan celebrarse cada vez que existan necesidades del mercado o una mayor producción de la empresa, sino únicamente cuando dichas circunstancias así lo requieran, es decir, cuando la atención de las mismas precise de la contratación de trabajadores a título transitorio (...) la existencia de situaciones –como la existencia de incremento de la producción o variaciones de la demanda– que determinen un aumento pasajero de las necesidades de fuerza trabajo de la empresa (...) no bastará citar la definición de esta figura [contractual], sino que habrá que insertar en el documento los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y sus efectos concretos para la empresa contratante"*.

VIGESIMO.- Respecto al caso en concreto (Agravios N° 03 y N° 04).- En el presente caso, **la parte apelante** reitera que existe un flagrante error por parte del juzgador al sostener que no se ha consignado la causa objetiva de la contratación y la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado, pues el mismo se ha sujetado a un hecho temporal al existir un incremento de actividad como consecuencia de la incorporación del servicio de transporte de concreto; por ello, al advertirse una resolución del contrato sujeto a modalidad se ha sujetado a una causa objetiva del contrato, se advierte la inexistencia de una desnaturalización laboral y la posterior constitución de un despido nulo por afiliación sindical.

En ese sentido, este **Colegiado Superior** precisa que el demandante fue contratado mediante contratos de trabajo por incremento de actividad, que

²⁰ ARCE ORTIZ ELMER, "Estabilidad Laboral y Contratos Temporales", Cuadernos de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, 2006, Pág. 28.



según la legislación laboral, esta modalidad tiene como duración máxima de tres años y en donde la causa justa no deberá sujetarse a una función laboral de naturaleza permanente; motivo por el cual conlleva a que se determine si dicha contratación laboral es válida, o en su defecto, si se ha configurado la existencia de una simulación o fraude. Por ello, resulta conveniente apreciar que en la primera cláusula del Contrato de Trabajo sujeto a modalidad por incremento de actividades (véase contratos y renovaciones de los mismos que obran de fojas 2 a 5), se ha determinado el objeto de la contratación de la siguiente manera:

"LA EMPRESA es una persona jurídica de derecho privado dedicada a la fabricación de todo tipo y clase de concreto y productos afines (...)LA EMPRESA suscribió con obras subterráneas S.A. un contrato de suministros de concreto, con el objeto de proveerle de dichos productos en el Proyecto Metro de Lima - Línea 2".

Estando a lo descrito con anterioridad, se puede advertir que el objeto de presuntamente atender las necesidades de transporte de concreto en base a un contrato de la celebración del contrato de suministro, en el cual se apreciaría presuntamente el inicio de una nueva actividad a lo ya desarrollado por la empresa MICON con anterioridad al año 2009; por lo que, la causal invocada en el contrato no podrá ser considerado una forma válida de contratación, por cuanto su causa ha sido descrita en forma genérica, inespecífica y que no expresa las necesidades de la contratación (mediante un inicio de actividad, tal como lo ha reconocido la propia parte demandada en su recurso de apelación, a fojas 553) conforme a las necesidades de operación, en cuanto -se reitera- que la empresa MICON ya se encontraba operando con anterioridad al año 2009, más aún si la parte demandada ha tenido una relación jurídica preexistente de carácter desnaturalizado, por tener la categoría de empleador principal de la empresa.

De esta manera, se podrá advertir que la empresa demandada no ha cumplido con proporcionar información relevante que permita establecer la causa objetiva de la contratación, al margen de no haber expresado formalmente en el contrato de trabajo por inicio de actividad, esto es, justificaciones válidas y objetivas sobre la necesidad de contratar más personal como consecuencia del inicio de una presunta actividad; por lo que en ese sentido corresponde que el contrato modal se convierta en un contrato a plazo indefinido desde la fecha de inicio de la relación laboral.

VIGESIMO PRIMERO.- Bajo este contexto, teniendo en presente que **la duración del contrato de trabajo modal** no solo determina su periodo de vigencia, sino que **permite evaluar su relación con la causa objetiva que habilitó su celebración**, situación que debe considerarse en toda contratación modal; es por ello, que este Colegiado concluye que el contrato de trabajo sujeto a modalidad (inicio de actividad) no cuenta con la consignación de la causa objetiva determinante de la contratación temporal, siendo éste un requisito esencial para que se determine su validez; caso contrario, la



atingencia que se desprende ante el debido cumplimiento de las formalidades previstas en la legislación laboral permitiría conocer, verificar y controlar las circunstancias de hecho que habilitaron la contratación temporal en la modalidad adoptada.

Por tanto, el cumplimiento de este requisito supone que se consigne de manera clara, detallada y completa las circunstancias por las cuales la necesidad de recursos humanos por parte de la empresa demandada es de carácter temporal y no permanente en el tiempo y, en esa medida, la sola mención a la existencia de una necesidad temporal no satisface este requisito; situación que no ha sido revertida por el empleador con una posición válida y, menos que se haya basado con argumentos sólidos ni tampoco ha realizado una ponderación de la pertinencia de algún medio de prueba idóneo que sostenga su teoría del caso; por lo que en virtud de lo establecido en el inciso d) del artículo 77° de la T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, se determina que los contratos de trabajo sujeto a modalidad por incremento de actividades, suscritos entre las partes se han desnaturalizado y por ende declara la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado; siendo ello así, corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la parte demandada en su recurso impugnatorio.

Entonces, **no se admitirá el agravio deducido por la demandada**, debiendo confirmarse la sentencia en este extremo.

VIGESIMO SEGUNDO.- Sobre el Despido Nulo por afiliación al sindicato o participación en actividades sindicales.- Sobre la causal regulada en el inciso a) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral regulado en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se deberá tener presente que la propia norma ha previsto en forma expresa que *"Es nulo el despido que tenga por motivo: La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales"*.

Para ello, esta causa se ha consagrado conforme al reconocimiento nacional (a través del artículo 28° de la Constitución Política del Perú²¹) e internacional del derecho a la Libertad Sindical, pues la misma es un derecho propio de todo trabajador -sin ninguna diferenciación- a afiliarse a las organizaciones sindicales que estime conveniente, bajo la sola condición que el mismo respete los propios estatutos de la organización sindical²², de conformidad con lo regulado en el artículo 2° del Convenio N° 087 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT²³, el cual el Estado Peruano es miembro. De esta manera, la

²¹ REPPETO REATEGUI ROMY, *"La Libertad Sindical y su tratamiento como causal de despido nulo en la jurisprudencia"*, Revista Actualidad Jurídica, Edit. Gaceta Jurídica, Pág. N° 308 a 312.

²² VILLAVICENCIO RIOS ALFREDO, *"La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación"*, Edit. PLADES, Lima, 2010, Pág. 115

²³ El artículo 2° del Convenio N° 087 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT prescribe que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tendrán derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como



afiliación a una organización sindical sin ninguna distinción es una garantía reconocida en el artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, mediante el cual *"la afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación, o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato o impedírsele hacerlo"*, pues la existencia del derecho de libre afiliación permitirá la impugnación judicial para solicitar la tutela pertinente.

Además, la protección jurídica de la afiliación sindical es un explícito mandato de limitación contra todo acto de discriminación del empresario que busque menoscabar aquella libertad sindical, su acceso al trabajo o sus condiciones de trabajo; en efecto, al tener presente que el artículo 1° del Convenio 98 de la OIT²⁴ dispone límites jurídicos contra todo acto que sujete el acceso o el mantenimiento del empleo a la condición de afiliarse o dejar de pertenecer a un sindicato, en la que el efecto sea el despido o cualquier otro perjuicio a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, pues su finalidad será tratar de evitar que la relación laboral no se vea afectada negativamente por actos del empleador que tienen su origen en la actitud sindical del trabajador, conforme a una adecuada relación de causalidad²⁵.

Para ello, ya el Tribunal Constitucional, a través del Pleno Jurisdiccional recaído en el Exp. N° 0008-2005-PI/TC y las sentencias N° 3169-2006-AA/TC y N° 04468-2008-AA/TC, han definido jurisprudencialmente que *"El artículo 28° de la Constitución Política del Perú establece que el Estado reconoce (...) y garantiza la libertad sindical. En esa línea, (...) la libertad sindical se define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, e indica también que la libertad sindical intuitu persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28° de la Constitución. (...) El artículo 11° del Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, señala que los estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores el libre ejercicio del derecho de sindicación. El artículo 3.1 del Convenio precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades, y de formular su programa de acción. (...) Asimismo, el artículo 1 del Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, dispone lo siguiente: 1. Los trabajadores*

el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

²⁴ El artículo 1° del Convenio 098° de la OIT dispone que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; asimismo, el artículo 2° indica que dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato y b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

²⁵ VILLAVICENCIO RIOS ALFREDO, *"La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación"*, Edit. PLADES, Lima, 2010, Pág. 116



*deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) **despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo**".*

Entonces, conforme a los siguientes fundamentos, será carga del empleador probar que el motivo de extinguir la relación laboral por motivos objetivos y que no se ha sujetado por un motivo discriminatorio a la actividad sindical, mientras que la parte trabajadora deberá aportar solamente indicios razonables para sostener una relación causal entre la causa y el despido impugnado; para esto, bastará con referirse que el propio TC -en el Exp. N° 08330-2006-PA- ha precisado que *"El derecho a la libertad sindical implica el poder al trabajador para que por razones de su afiliación o actividad sindical no sufra menoscabo en sus derechos fundamentales, como puede ser la diferencia de trato carente de toda justificación objetiva y razonable entre trabajadores sindicalizados y trabajadores no sindicalizados. (...) Por ello, cuando se alega que un despido encubre una conducta lesiva del derecho a la libertad sindical, **incumbe al empleador la carga de probar que su decisión obedece a causas reales y que no constituye un acto de discriminación por motivos sindicales**. Para imponer la carga de la prueba al empleador, el demandante previamente debe aportar un **indicio razonable** que indique que su despido se origina a consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales"*, el cual fuera ratificado por la propia Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema al momento de sostener (conforme a las Casaciones N° 14150-2015-Callao y N° N° 12816-2015-Lima) que *"El trabajador ha de probar uno o varios indicios (hechos indiciarios) de los que pueda deducirse una presunción no plena de la existencia de la lesión al derecho fundamental; al demandado para destruir esa presunción no plena, sólo le basta probar plenamente el carácter objetivo y razonable de la medida adoptada y asimismo la proporcionalidad de ésta (...)"*

VIGESIMO TERCERO.- Sobre el caso en concreto (Agravio N° 05).-

Entonces, del caso descrito, la parte demandada sostiene que el órgano jurisdiccional de primera instancia ha errado al momento de sustentar la comisión de un despido nulo, pues el cese de la relación laboral no se ha producido por un acto de represalia del empleador, dado que el vencimiento del plazo contratado se produjo el 01 de octubre de 2016 a causa de una última renovación del contrato producido en el mes de setiembre de 2016.

De ello, se aprecia que el comunicado de afiliación sindical el de agosto de 2016, ante el cual el empleador renovó el contrato de inicio de actividad del 01 de setiembre de 2016 al 30 de setiembre de 2016 (a fojas 141 a 142); de esta manera, la parte demandada no ha acreditado en forma objetiva que el cese de



la relación laboral se haya obedecido a motivos ajenos a un acto de represalia contra el ejercicio de la libertad sindical, a pesar que se aprecie una renovación del contrato por un mes, pues se deberá reiterar que en ese momento la parte trabajadora se encontraba sujeta a un régimen laboral a plazo indeterminado - conforme a la declaración a consecuencia del régimen de desnaturalización del contrato- y no se podía extinguir la presente relación jurídica en base a una causa justa y estipulada mediante Ley.

Conforme a ello, se podrá apreciar que -en el presente caso- se ha configurado (conforme a los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad) un despido nulo por afiliación sindical (concluyéndose una debida motivación de la sentencia impugnada) pues se acredita la constitución de un nexo causal entre la recepción de la afiliación el 29 de agosto de 2016 (a fojas 35) y el cumplimiento del plazo contratado al 30 de setiembre de 2016, conforme a lo estipulado en el inciso a) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, aún más si el contrato de trabajo sujeto a modalidad ha sido desnaturalizado en el presente proceso, el cual permite evitar actos arbitrarios basados en la sola renovación del contrato sujeto a modalidad por un solo mes.

Para que no exista duda de lo afirmado, la presente decisión se ha sostenido en los argumentos vertidos en la Casación N° 14150-2015-Callao, pues en la misma se indica que *"Estando a que la demandada tuvo conocimiento de la afiliación de los demandantes al Sindicato con fecha once de febrero de dos mil once, esto es con anterioridad al despido se evidencia la existencia de la causal de despido nulo contemplada en el inciso a) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) de lo actuado en las instancias de mérito y del análisis efectuado por esta Sala Suprema se llega a la conclusión que la empleadora, como consecuencia de la afiliación de los demandantes al Sindicato de Trabajadores procedió al despido de los mismos, sin haber probado la existencia de causa justificante, por lo que se ha configurado el despido nulo previsto en el literal a) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, las instancias de mérito han efectuado una incorrecta interpretación de la referida norma; en consecuencia, al evidenciarse la configuración de un Despido Nulo, resultará válido el requerimiento de pago de las remuneraciones dejadas de percibir, al ser la consecuencia lógica e inmediata de la invalidez del despido.*

Por estas consideraciones, **no corresponderá amparar el agravio deducido por la parte demandada**, debiendo confirmarse el extremo de la sentencia impugnada.

VIGESIMO CUARTO: Sobre la nulidad por falta de valoración de los medios probatorios (Agravio N° 06).- Sobre el presente extremo, la parte accionante considera que el órgano jurisdiccional de primera instancia comete un error al momento de declarar improcedente la tacha contra el CD y la



transcripción de la conversación (entre el demandante y el administrador de la empresa), pues en la empresa UNICON no cuenta con un trabajador que ostente el cargo de administrador, pues don José Alberto Medina López no ha ostentado el cargo de administrador.

De ello, de los fundamentos citados en los párrafos precedentes, se aprecia que la sentencia ha sido confirmada por existir elementos razonables de desnaturalización y la constitución de un despido nulo; en consecuencia, se ha declarado fundada. Por lo que carece de sentido lógico pronunciarse sobre el presente agravio formulado.

De ello, **no corresponderá amparar el agravio deducido.**

III. PARTE RESOLUTIVA:

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

HA RESUELTO:

1.- CONFIRMAR la Sentencia N° 289-2018 contenida mediante Resolución de fecha 31 de octubre de 2018 (a fojas 498 a 511), en el cual se declaró fundada la demanda, ordenando el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado a partir del 17 de febrero de 2012 hasta el término de la relación laboral, se cumpla con reponer al demandante en su puesto de trabajo o otro de similar categoría y se abone el pago de los costos y cotas; declarando infundado la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada, la caducidad, la tacha deducida contra un medio probatorio.

En los seguidos por **GERALDO CESAR RIVERO SORIA** contra **UNION DE CONCRETERAS S.A. - UNICON**, sobre desnaturalización de contrato y otros; y los devolvieron al juzgado de origen.-