

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

CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT

Sumilla: El contrato de tercerización se desnaturaliza, cuando se demuestra que en la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa locadora ha sido la de proporcionar el personal, el cual fue dirigido en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, debiendo reconocerse la relación laboral con la empresa principal.

Lima, veintidós de marzo de dos mil dieciocho

VISTA; la causa número setecientos setenta y nueve, guion dos mil dieciséis, guion **DEL SANTA**; en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, **Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A.** mediante escrito presentado el tres de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos setenta y cuatro a quinientos ochenta y cuatro guión A, contra la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha veintiocho de octubre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos cuarenta y dos a quinientos cincuenta, que **confirmó en parte la Sentencia** apelada, contenida en la resolución de fecha ocho de enero de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos setenta y siete a cuatro, **revocando** el extremo que declaró infundada las remuneraciones devengadas, reformando declaró a fundada; en el proceso seguido con el demandante, **Máximo Alfonso Martín Casanova Alfaro**, sobre reposición por despido incausado y otros.

CAUSALES DEL RECURSO:

Por resolución de fecha cuatro de setiembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas setenta y siete a ochenta y tres, del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso interpuesto por la parte demandada, por las siguientes

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

CASACIÓN LABORAL N° 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT

infracciones normativas: *i) aplicación indebida del artículo 40° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; ii) interpretación errónea del artículo 5° de la Ley N° 29245, Ley de Tercerización; iii) artículo 2° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR; y iv) artículo 4° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR;* correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento sobre dichas causales.

CONSIDERANDO:

Primero: Antecedentes judiciales

- a) **Pretensión:** Mediante escrito de demanda, que corre en fojas noventa y cinco a ciento ocho, subsanada en fojas ciento trece a ciento catorce, el actor solicita su reposición como pretensión principal y como pretensión subordinada, el pago de las remuneraciones devengadas y el pago de los beneficios sociales que comprende: compensación por tiempo de servicios (CTS), vacaciones y gratificaciones durante el tiempo que ha sido despedida hasta la fecha, al considerar que ha sido despedido de manera incausada; más costos del proceso.
- b) **Sentencia:** El Juez del Segundo Juzgado Especializado Laboral de la Corte Superior de Justicia Del Santa, a través de la Sentencia emitida el ocho de enero de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos setenta y siete a cuatrocientos ochenta y cinco, declaró fundada en parte la demanda, ordenando la reposición por despido incausado e improcedente el pago de remuneraciones devengadas, así como infundada la demandada respecto al litisconsorte pasivo, empresa Rosell Contratistas E.I.R.L., al considerar que entre la empresa Hidrandina y Rosell Contratista E.I.R.L. suscribieron contratos de tercerización, siendo

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

asignado el demandante por esta última empresa a prestar servicios a Hidrandina, cuyo objeto del mismo era la supervisión de actividades técnicas, comerciales y afines; es decir, no se considera la provisión de personal para laborar en el área legal como auxiliar legal; asimismo, sostuvo que según el ROF de la empresa Hidrandina, como órgano de asesoramiento, tiene un área legal, tratándose de una labor permanente que no podría ser tercerizada, quedando establecido con los demás medios probatorios que corren en autos, que las labores efectuado por el actor ha sido para Hidrandina, produciéndose la desnaturalización de la tercerización.

- c) Sentencia de Vista:** La Sala Laboral de la misma Corte Superior, mediante Sentencia de Vista de fecha veintiocho de octubre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos cuarenta y dos a quinientos cincuenta, bajo los mismo fundamentos de la Sentencia de primera instancia confirmó respecto a la reposición por despido incausado, ordenando su reposición en su centro de labores en el mismo cargo o puesto de trabajo o en otro de similar condición, amparando el pago de remuneraciones devengadas.

Segundo: La infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en el mismo las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de

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

**CASACIÓN LABORAL N° 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

derecho material, incluyendo otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero: Para efectos de analizar la causal denunciada por la parte recurrente, se debe tener presente que el tema en controversia, conforme se verifica del recurso de casación y lo actuado por las instancias de mérito, está relacionado a la desnaturalización de los contratos de tercerización suscrito entre Hidrandina S.A. y la empresa Rosell Contratistas S.A., y determinar si le corresponde o no al actor el pago de las remuneraciones devengadas, por haberse configurado un despido incausado.

Cuarto: En el caso concreto, cabe pronunciarnos para un mejor orden de ideas, primero por las normas de tercerización, como son la ***infracción normativa por interpretación errónea del artículo 5° de la Ley N° 29245, Ley de Tercerización*** y de los ***artículos 2° y 4° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N°29245***, que prescriben lo siguiente:

Ley N°29245

Artículo 5.- Desnaturalización

“Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes”.

Decreto Supremo N°006-2008-TR, Reglamento de la Le y N°29245

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

CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT

*“Artículo 2.- **Ámbito de la tercerización** El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.*

Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente reglamento.

Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley. (...)

Artículo 4.- Elementos característicos

4.1. Los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

4.2. De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del Decreto Legislativo, la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora.

b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora.

c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

4.3. Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla.

Cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

4.4. Tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal podrán aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

una simple provisión de personal, tales como la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que no cuente la empresa principal, y similares”.

Quinto: Alcances sobre la tercerización

1. En nuestro ordenamiento laboral, se entiende la tercerización como la contratación de empresas para que presten servicios o ejecuten obras, siempre que aquellas asuman los servicios de manera integral y sean prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Entre sus elementos característicos tenemos: la pluralidad de clientes, el uso de equipos, la inversión de capital, etc.¹

2. Así también, es una manifestación de la descentralización productiva, siendo una figura jurídica relevante por su amplia utilización por parte de las empresas, permitiendo que estas se vinculen jurídicamente a efectos que una de ellas delegue una o más partes de su unidad productiva o de servicios, a otra que se dedica a la prestación de servicios o a la realización de obras.²

3. La misma norma que regula los servicios de tercerización, Ley Nº 29245, lo define en su artículo 2º como: “(...) *la contratación de empresas para que*

¹ **TOYAMA** MIYAGUSUKU, Jorge. “Guía Laboral”. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 2017, pp.133.

² **UGAZ** Olivares, Mauro, citado por Gaceta Jurídica en “Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral”. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 2016, pp.159.

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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 (...)”;

4. Conocida por la doctrina como el “*Outsourcing*”, la tercerización puede ser definida como el proceso de externalización de servicios, caracterizado por la desvinculación del empleador de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando, para trasladarla a un tercero. Esta desvinculación no es solamente de mano de obra, sino se consolida en la de un servicio integral.

Sexto: La tercerización según el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, también define 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 el 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.³

³ Expediente N° 02111-2012-PA/TC

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Sétimo: Con las definiciones acotadas, podemos señalar que en toda relación de tercerización existen siempre las siguientes partes contractuales: a) la empresa contratista, la cual debe estar inscrita en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo; y la empresa principal o usuaria. Aunado a ello, cabe recalcar que a través de esta figura jurídica, la empresa beneficiaria va a contratar a otra con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado.

Octavo: En ese sentido, podemos señalar que las empresas contratistas que tengan por objeto social dedicarse a labores de tercerización, deben reunir las siguientes características: i) tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo; ii) que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo; iii) que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales, y iv) sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación; y como características secundarias: i) tener pluralidad de clientes; ii) equipamiento propio; iii) tener la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

Noveno: Alcances del principio de primacía de la realidad en el ámbito de la tercerización

Para efectos del análisis de la tercerización se debe tener en cuenta el principio de primacía de la realidad, el cual constituye uno de los instrumentos de mayor relevancia en el Derecho de Trabajo, por cuanto permite al Juez establecer la verdadera naturaleza de una relación contractual, privilegiando lo que sucede en el campo de los hechos, sobre lo que puedan contener los documentos⁴, principio que ha sido recogido en el artículo 4° de l Texto Único Ordenado del

⁴ **PLÁ RODRÍGUEZ**, Américo. “*Los Principios del derecho del trabajo*”. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1978, p. 243, que refiere sobre el principio de primacía de la realidad lo siguiente: “ (...) *en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos*”

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR.

Ahora bien, en el marco de dicho principio, conviene anotar que aun cuando pueda existir un contrato debidamente formalizado, será la forma como en la práctica se ejecuta el mismo, lo que va a determinar su real naturaleza, privilegiándose la realidad sobre lo estipulado en los documentos, siendo que en el caso de una pretendida relación laboral deberá analizarse las manifestaciones y rasgos sintomáticos del contrato de trabajo, en la medida que estos últimos, determinan las características propias de una relación laboral.

De acuerdo a lo expuesto, podemos señalar que la discordia que se suscita entre la práctica y los hechos, posee múltiples procedencias, a criterio de Plá Rodríguez⁵, podemos señalar las siguientes:

- De la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real, siendo aquella el principal supuesto que se aprecia en la realidad, es decir, cuando se disimula el contrato real sustituyéndolo, ficticiamente, por un contrato distinto.
- Provenir de un error, como puede ser en la calificación del trabajador.
- La falta de actualización de datos.
- La falta de cumplimiento de los requisitos formales.

De lo anotado, se infiere que la validez de un contrato de tercerización puede ser objeto de análisis bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad, ello en la medida que medie discordia entre lo suscitado y los documentos que dan origen a la tercerización.

Décimo: Análisis del caso concreto

⁵ Ibid, pp. 256-257

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

1. Se aprecia en fojas doscientos noventa y tres a trescientos veinticinco, el contrato celebrado entre la empresa Rosell Contratistas E.I.R.L. e Hidrandina en cuyo punto 1.4 de su Cláusula Primera, se estableció lo siguiente: **“ANTECEDENTES HIDRANDINA S.A. requiere el servicio de supervisión de las actividades técnicas comerciales (...);** asimismo, en la Cláusula Segunda, señala el objeto del contrato en los siguientes términos: **“Mediante el presente contrato LA CONTRATISTA se obliga a prestar a HIDRANDINA S.A., mediante Insourcing el servicio de Supervisión de Actividades Técnicas Comerciales y Afines, en el ámbito de las Unidades de Negocio de Chimbote y Huaraz”.**

2. Por otro lado, según el contrato de trabajo sujeto a modalidad suscrito por el actor con la empresa Rosell Contratistas E.I.R.L, que corre en fojas tres a cuatro, se señala en el punto 1. que el objeto social de la empresa, es brindar servicios para obra o servicios; en el punto 2. se señala que el actor fue contratado para realizar la actividad de Auxiliar Área Legal, debiendo someterse al cumplimiento estricto de la labor. Asimismo en fojas doce a veintiuno corre el Reglamento de Organización y Funciones de la empresa Hidrandina S.A. estableciéndose en su artículo 37° que el Área Legal, se encuentra como Órganos de Asesoramiento, área para lo cual fue contratado el actor según su contrato modal suscritos con Contratista Rosell S.R.L.

3. Así también, de los correos electrónicos que corren en autos, se demuestra que el actor recibía directivas por parte de personal de la empresa Hidrandina S.A y no de la empresa tercerizadora, tal es así que se le encargó el Área Legal de la demandada en reemplazo de la asesora legal de Hidrandina S.A.

Décimo Primero: De ello se infiere que el demandante fue asignado por la empresa Contratista Rosell E.I.R.L. para que preste servicios en Hidrandina S.A en el cargo de Auxiliar del Área Legal, pese a que el objeto del contrato

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

celebrado entre ambas empresas fue la de servicios de supervisión de actividades técnicas comerciales y afines. Aunado a ello, cabe señalar que en la Cláusula 5.2 del referido contrato, específicamente a fojas doscientos noventa y cinco, se señala que se designará personal calificado en actividades objeto del contrato; sin embargo, la actividad desarrollada por el actor difiere con el objeto del contrato, por lo que podemos concluir señalando que el área en el cual prestó servicios el actor no se encontró tercerizada. Por otro lado, cabe enfatizar que las labores realizadas por el actor en el área legal de la empresa Hidrandina S.A., corresponde al de una labor permanente, máxime si ha ocupado por encargo el puesto de la encargada del área legal de Hidrandina S.A. conforme se demuestra con el correo que corre en fojas veintiocho.

Es así, que el actor se encontraba en una relación de trabajo directa con la empresa principal, manteniendo Hidrandina S.A. el poder de dirección, lo que ha quedado demostrado con los diversos correos electrónicos, que corren en autos, además, las funciones realizadas se efectuaban en los ambientes de la empresa principal, con los bienes y recursos de ésta, bajo su cuenta y riesgo, no encontrándose bajo subordinación de la empresa tercerizadora.

Décimo Segundo: Ahora bien, se advierte de los actuados la carencia de autonomía financiera, técnica y funcional de la empresa Rosell Contratistas S.R.L., lo cual además importa una contravención del segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N° 29245, que establece como una de las condiciones para que una empresa sea considerada real y no ficticia que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y equipamiento, estableciendo que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella; se debe precisar al respecto, que se encuentra acreditado en auto con el documento, que corre en fojas trescientos

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

**CASACIÓN LABORAL N° 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

cuarenta y dos, denominado “Acta de entrega de Equipos y Materiales”, en la que se aprecia la entrega que se le hace al actor de un celular, lo que se demuestra que la empresa Hidrandina S.A., le proporcionaba al actor equipos para el desempeño de sus funciones.

Décimo Tercero: El Colegiado Superior ha concluido que para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa tercerizadora Rosell Contratistas S.R.L. fue la de proporcionar personal, al no haberse demostrado en autos su autonomía, quien fue dirigido en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, quedando de esta manera acreditado que el contrato de tercerización suscrito entre la empresa principal Hidrandina S.A. y la empresa tercerizadora Contratista Rosell S.R.L., se encuentra desnaturalizado al no reunir los requisitos y características establecidos en la Ley, por lo que debe reconocerse la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre el demandante y la empresa Hidrandina, en aplicación del principio de primacía de la realidad

Décimo Cuarto: En mérito a lo anotado, se concluye que el Colegiado Superior no ha infraccionado por interpretación errónea el artículo 5° de la Ley N° 29245 y los artículos 2° y 4° del Decreto Supremo N° 006- 2008-TR, razón por la cual las causales antes descritas devienen en **infundada**.

Décimo Quinto: Respecto a la ***infracción normativa del artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR***, que prescribe:

“Artículo 40.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde

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

**CASACIÓN LABORAL N° 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses”.

Décimo Sexto: Esta Sala Suprema mediante Casación N° 11302-2014- LIMA ha establecido como doctrina jurisprudencial el considerando quinto de la resolución, que establece como interpretación del artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, lo siguiente:

“Sólo es procedente ordenar el pago de remuneraciones dejadas de percibir en los casos de pretensiones por nulidad de despido previsto en el artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR y las leyes especiales, Ley N° 26626, Ley N° 27050 y Ley N° 30287. No pudiéndose ordenar dicho pago en los demás casos en que se reclama la reposición del empleo como son los de despido incausado y despido fraudulento por no preverlo así la ley. En éstos últimos procesos el Juez dejará a salvo el derecho del accionante para hacerlo valer en la vía correspondiente mediante la acción de daños y perjuicios”.

Este criterio se encuentra ratificado por el III Acuerdo del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral de fecha cuatro de agosto de dos mil diecisiete que señala: *“En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización por daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral. La*

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

**CASACIÓN LABORAL N° 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas (...)”

Décimo Sétimo: De otro lado, resulta ilustrativo citar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el inciso c) del fundamento uno de la Sentencia de fecha once de setiembre de dos mil dos, recaída en el Expediente N° 1450-2001-AA/TC expresa lo siguiente:

“c) aunque es inobjetable que a un trabajador cesado indebidamente en sus funciones se le ocasiona un perjuicio durante todo el periodo que no laboró, ello no puede suponer el reconocimiento de haberes, sino exclusivamente el de una indemnización por el daño generado. Sin embargo, la determinación de los alcances de dicha indemnización no es un asunto que pueda ser dilucidado mediante esta vía que más bien se orienta a restituir los derechos vulnerados o amenazados por actos u omisiones inconstitucionales”.

Décimo Octavo: La Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha treinta y uno de enero de dos mil uno emitió Sentencia en el caso de reposición de magistrados del Tribunal Constitucional Peruano y estableció que el Estado Peruano debía indemnizar a los magistrados repuestos en sus labores, tomando como uno de los criterios para el efectivo resarcimiento los salarios y prestaciones dejados de percibir, sin perjuicio de todos los daños que se acrediten debidamente y que tuvieran conexión con el hecho dañoso constituido por la ilegal declaración de excedencia.

Décimo Noveno: En tal sentido, en mérito al principio de legalidad y en observancia de lo dispuesto por esta Sala Suprema en la Casación N° 11302-2014-LIMA, el cual constituye precedente de obligatorio cumplimiento, no resulta viable aplicar las consecuencias de los despidos nulos a las reposiciones

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

**CASACIÓN LABORAL N° 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

por despidos incausados; por lo que no se puede realizar una interpretación extensiva ni analógica de una excepcionalidad señalada por la misma norma.

Sin perjuicio de lo expuesto, y teniendo presente que este reclamo es de naturaleza indemnizatoria y no resarcitoria o restitutoria, se deja a salvo el derecho del demandante para que los haga valer en la forma legal que corresponda.

Del mismo modo, en el voto singular del doctor Manuel Aguirre Roca recaído en el Expediente N° 264-2001-AA/TC, se menciona que: *“(...) teniendo al reclamo de las remuneraciones no pagadas durante el tiempo de la separación del empleo, naturaleza evidentemente indemnizatoria, y no por cierto, según es obvio, restitutoria –puesto que en ese lapso no se prestaron servicios-, a mi juicio no se puede negar de plano la pretensión respectiva, sino, antes bien, dejar a salvo, expresamente, el derecho correspondiente, para hacerlo valer en la forma y vía que la ley permita. Tal como está redactado, el comentado fundamento 6. parece denegar, pura y simplemente, el derecho al reclamo indemnizatorio”.*

Vigésimo: Resulta necesario enfatizar que no existe derecho al pago de remuneraciones por el período no laborado, ya que, conforme al artículo 24° de la Constitución Política del Perú y 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, el derecho a una remuneración equitativa y suficiente deriva de la fuerza de trabajo brindada por el trabajador al empleador, salvo que exista una suspensión imperfecta del contrato de trabajo⁶, lo que se evidencia, entre otros, en el caso de las licencias por enfermedad (el que además no se extiende indefinidamente sino tiene un

⁶ Segundo párrafo del artículo 11° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

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

**CASACIÓN LABORAL N° 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

límite, para luego recibir un subsidio del Seguro), licencias sindicales, días de huelga (siempre que no hubieran sido declaradas improcedente o ilegal), y en el caso de las acciones de nulidad de despido, de acuerdo a lo previsto en el artículo 40° en Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; lo que no se ha configurado en el presente caso durante el tiempo dejado de laborar por el demandante; interpretación que es concordante con el criterio del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia asumida por este Supremo Tribunal.

Vigésimo Primero: Siendo así, se concluye que el Colegiado Superior ha incurrido en infracción del artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, en este extremo el recurso deviene en **fundado**.

Por las consideraciones expuestas:

DECISIÓN:

Declararon **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por la **Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. – HIDRANDINA S.A.**, mediante escrito presentado el tres de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos setenta y cuatro a quinientos ochenta y cuatro guión A; en consecuencia, **CASARON** la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha veintiocho de octubre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos cuarenta y dos a quinientos cincuenta, ***en el extremo que ampara el pago por remuneraciones devengadas; y actuando en sede de instancia;*** **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha ocho de enero de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos setenta y siete a

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

CASACIÓN LABORAL Nº 779-2016
DEL SANTA
Reposición por despido incausado
y otros
PROCESO ORDINARIO - NLPT

cuatrocientos ochenta y cinco, que declaró **improcedente** el extremo referido a las remuneraciones devengadas; **DEJANDO subsistente** los demás extremos de la Sentencia de Vista; **DISPUSIERON** la publicación de ésta resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en el proceso seguido por el demandante, **Máximo Alfonso Martín Casanova Alfaro** sobre reposición por despido incausado y otros; interviniendo como **ponente** el señor juez supremo **Malca Guaylupo** y los devolvieron.

S. S.

ARÉVALO VELA

DE LA ROSA BEDRIÑANA

YRIVARREN FALLAQUE

YAYA ZUMAETA

MALCA GUAYLUPO

lbvv/rjrl*