

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



“Informe sobre expediente de relevancia jurídica E-2650, demanda de nulidad de despido contra tiendas por departamento Ripley S.A por despido arbitrario”

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Luis Angel Castro Estelo

REVISOR :
Julio Rodríguez Vásquez

Lima, 2022



PUCP

Sistema
de Bibliotecas

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **RODRIGUEZ VASQUEZ JULIO ALBERTO**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

Informe sobre expediente de Relevancia Jurídica: E-2650, expediente N° 12945-2013-0-1801-JR-LA-11 sobre demanda de nulidad de despido contra Tiendas por Departamento Ripley por la supuesta falta grave cometida en la modalidad de injuria.


del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

LUIS ANGEL CASTRO ESTELO

dejo constancia de lo siguiente:

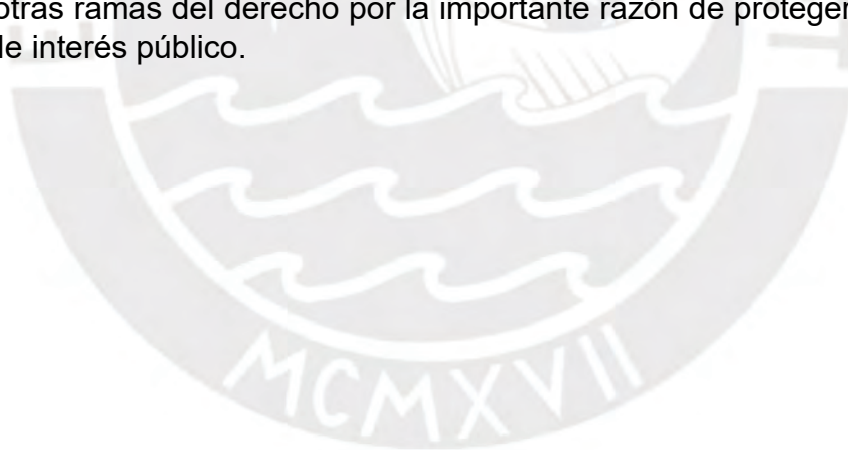
- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **33%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **23/02//2022**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 3 de mayo de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: RODRIGUEZ VASQUEZ JULIO ALBERTO	
DNI: 70240434	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8754-4611	

RESUMEN

El presente informe es acerca del expediente de relevancia jurídica E-2650 con contenido en materia penal-laboral, en el que radica su importancia en la investigación y estudio de la “injuria” como acto causal de falta grave con consecuencia de despido, de acuerdo a la legislación laboral; y como acto causal de sanción penal. Asimismo, se analiza la relevancia de las redes sociales como un medio de comunicación el cual se pueda utilizar para lesionar el derecho al honor, en un contexto social en el que las relaciones digitales se abren paso dentro de un vacío jurisprudencial para dicho tipos de casos. Por lo tanto, el objetivo del presente informe radica en desarrollar los derechos que se presentan a lo largo del proceso, tales como: derecho al honor, derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, derecho a un debido proceso y todo lo que ello implica; de manera que pueda resolverse el problema principal que concierne al caso el cual es: si se puede configurar como falta grave laboral las publicaciones “injuriantes” que se realicen a través de las redes sociales. Llegando finalmente a concluir que en el presente caso sí se habría configurado la falta grave laboral por parte de demandante, vulnerando el derecho al honor de las personas, al haber injuriado de forma agravante a los directivos de RIPLEY, siendo Facebook un medio de comunicación masivo. Asimismo, se tiene en consideración el derecho penal como de *ultima ratio* y el derecho que dictará los lineamientos sobre conceptos jurídicos que puedan contener otras ramas del derecho por la importante razón de proteger intereses jurídicos de interés público.



ÍNDICE ANALÍTICO

1. INTRODUCCIÓN	5
2. HECHOS RELEVANTES	6
2.1 Demanda.....	6
2.2 Subsanación de demanda.....	7
2.3 Contestación de demanda	7
2.4 Audiencia de Conciliación	10
2.5 Solicitud de nulidad del acta de infracción	10
2.6 Solicitud al juzgado para que se oficie a la Dirección de Inspección del Trabajo de Lima Metropolitana	11
2.7 Absolución de traslado de escrito sobre orden de inspección.....	12
2.8 Audiencia de Juzgamiento	12
2.9 Apelación de sentencia	15
2.10 Sentencia de Vista	17
3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	20
4. ANÁLISIS Y TOMA DE POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	22
4.1 Según los hechos, ¿el demandante incurrió en falta grave laboral prevista en el artículo 25°, literal a) y f), de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral?	22
4.1.1 ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor?	22
4.1.2 ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad sindical?	26
4.1.3 ¿Son las redes sociales un medio de comunicación mediante el cual se podría injuriar a las personas?	29
4.1.4 ¿Qué es el poder de dirección del empleador?	32
4.1.5 ¿Cuáles son los supuestos de causa justa de despido?	33
4.1.6 Según la posición del bachiller ¿el demandante incurrió en falta grave laboral prevista en el artículo 25, literal a) y f), de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral?	35
4.2 ¿El demandante incurrió en responsabilidad penal?	44
4.2.1 ¿Cómo se configura el delito de injuria?	44
4.2.2 ¿Cuál es la relación que existe entre la “injuria” como falta grave laboral e “injuria” como delito?	46
4.2.3 ¿Se configuraría algún delito contra el honor cuando realizamos un acto omisivo (deber de garante)?	47

4.2.4 Según la posición del bachiller ¿El demandante incurrió en responsabilidad penal por los comentarios realizados en Facebook?	49
4.3 ¿Se ha respetado el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva en el caso concreto?	51
4.3.1 ¿Se ha vulnerado el derecho a probar, dejando de lado los medios probatorios ofrecidos en la audiencia de juzgamiento?	51
4.3.2 ¿Se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales?	54
4.3.3 Según cómo se ha llevado a cabo el proceso, ¿qué pudo motivar al demandante a desistirse del recurso de casación interpuesto? ¿Cabe el desistimiento o la conciliación en una instancia como ésta?	56
4.3.4 Según la posición del bachiller ¿Considera que se ha respetado el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva en el caso concreto?	59
Conclusiones.....	61
Bibliografía	63



1. INTRODUCCIÓN

El expediente de relevancia jurídica E – 2650 contiene temas de derecho penal y derecho laboral en los que se aborda conceptos jurídicos muy importantes en nuestro ordenamiento jurídico peruano y que han sido objeto de debate en la amplia jurisprudencia desarrollada en nuestro país. Con respecto al derecho penal, se abordan temas como: delito de injuria, calumnia, difamación y su implicancia en el contexto del uso de las redes sociales. En cuanto al derecho laboral, se abordan temas como: causales de despido, protección del fuero sindical, faltas graves laborales y las consecuencias laborales con el uso inadecuado de las redes sociales. Aunado a ello, se tratan, dentro de la controversia del caso, derechos tales como: libertad de expresión, intimidad, libertad sindical y honor. Por lo tanto, como podemos apreciar, el expediente tiene vastos temas que se desarrollan a lo largo de sus mil doscientas veintiséis páginas de su contenido y ello hace al caso una buena fuente de aprendizaje y un interesante objeto de investigación que es necesario abordar.

El expediente de relevancia jurídica también tiene una relevancia social muy importante ya que permite que se pueda conocer, cómo operan, en un mundo globalizado en donde la información se transmite a través de las redes sociales, los operadores de justicia, abogados y las personas en general; y además, permite que se pueda tomar en cuenta que ha habido un cambio desde la mirada del derecho y se ha de tomar en cuenta la relevante importancia del uso del internet, mas aún en este tiempo de post pandemia; específicamente, el uso de las redes sociales en la vida cotidiana de las personas y por lo tanto, saber que su uso es objeto de regulación jurídica y consecuentemente llevará consigo penas y sanciones ante un uso inadecuado de ellas. Este cambio al que nos referimos, sobre el contexto social de la globalización y el uso de las redes sociales recién comienza, ya que aún le queda pendiente a las personas involucradas con el derecho, el desarrollo de una definida doctrina jurídica que pueda conducir a que los jueces puedan tener uniformidad en sus sentencias y de esa manera aplicar el principio de seguridad jurídica que todo ordenamiento jurídico debe tener, basado en la “*certeza del derecho*”.

Finalmente, debemos mencionar que la relevancia jurídica del presente expediente también se encuentra en el ámbito procesal ya que dentro del caso podemos encontrar una divergencia entre las partes y el magistrado con respecto a la admisión de las pruebas que las partes consideren apropiadas; y al no ser admitidos, la resolución llega a ser motivo de apelación. Por lo tanto, no queda duda de que el mencionado expediente contiene temas controversiales muy interesantes para su análisis y su exposición.

2. HECHOS RELEVANTES

2.1 Demanda

Con fecha 16 de Mayo del 2013, Giancarlos Cornejo Alvarado (en adelante “el demandante”) interpone Demanda de Nulidad de Despido contra Tiendas por Departamento Ripley S.A (en adelante “el demandado”) solicitando la reposición a sus ocupaciones habituales de vendedor integral en la tienda Ripley San Isidro, con el pago de sus remuneraciones devengadas, incluyendo los incrementos por negociación colectiva dejadas de percibir durante el tiempo que dure el despido; y como pretensión subordinada, la indemnización por despido arbitrario por un monto total de s/ 23,333.33 nuevos soles, el pago de CTS del periodo de despido, intereses, costos y costas del proceso.

Fundamentos de hecho:

- El demandante afirma haber sido despedido del trabajo como represalia por el cargo que ejerció de Secretario de Defensa del Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley Perú S.A – SUTRAGRISA, por haber realizado intensa actividad sindical en defensa de los derechos de sus representados.
- La Sub Gerente de Recursos Humanos María Carmen Miniza Stoll ingresó ilegalmente a la cuenta de Facebook del demandante.
- El despido deviene en nulo ya que se hace ante el Secretario de Defensa del SUTRAGRISA y miembro del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo que tiene amparo y protección contra el despido incausado conforme el artículo 32 de la ley 29783 y el artículo 28 de la Constitución Política del Perú.
- El demandante señala que el demandado pretende restringir y sancionar el accionar sindical recurriendo a calificar como “falta grave” a expresiones desarrolladas en Facebook en el marco de la libertad de expresión.
- El demandante señala que pudo haber expresado un “*me gusta*” pero ello no puede ser tomado en cuenta como un falta grave
- El demandante señala que el pretender despedirlo del trabajo recurriendo a Facebook es una inconsistencia y hay falta de tipicidad ya que en ningún antecedente similar de esa naturaleza puede ser considerada “falta grave”

Fundamentos de derecho

- Inciso a), b) y c) del Art. 29 del D.S 003-97-TR
- Art. 2°, 15° y 27 de la Constitución Política del Perú
- Artículo 2°, numeral 1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo
- Artículo 424° y demás normas aplicables en vía supletoria del Código Procesal Civil.

2.2 Subsanación de demanda

Con fecha 10 de Junio de 2013, el demandante subsana la demanda de acuerdo a lo ordenado por el 11° Juzgado Especializado de Trabajo mediante resolución N° 01 en los términos siguientes:

- La demanda contiene como pretensión principal: se declare nulo el despido y se ordene la reposición a las ocupaciones habituales del demandante como Vendedor Integral en la tienda Ripley de las Begonias con el pago de las remuneraciones devengadas dejadas de percibir durante el tiempo que dure el despido, incluido los incrementos remunerativos que devenguen en el centro de trabajo por negociación colectiva durante el periodo de duración del despido.
- Como pretensión subordinada y sólo en el caso de que el Juzgado considere no haber mérito para amparar la pretensión principal, el demandante solicita el pago de indemnización por despido arbitrario de S/. 23,333.33 nuevos soles, monto resultando de multiplicar su sueldo ordinario de S/. 2,916.67 x 5 años 8 meses 16 días 1.5 mensualidades de acuerdo al artículo 34° y 38° del D.S 003-97-TR.
- Como pretensión accesorias solicitó el depósito de la Compensación por Tiempo de Servicios CTS que se devenguen del periodo que dure el despido de conformidad con lo que dispone el artículo 2°, 21°, 22° del D.S 001-98-TR, así como el reconocimiento de costos y costas del proceso.

2.3 Contestación de demanda

Con fecha 21 de agosto del 2019, el demandado contesta la demanda en los términos siguientes:

- El demandado señala que la decisión de despedir al demandante se basó en la comprobación objetiva de la comisión de las faltas graves tipificadas en el artículo 25° de los literales a) y f) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR., ya que publicó y difundió expresiones injuriantes respecto de sus compañeros de trabajo y superiores a través de Facebook.

- Las expresiones con contenido de injuria citadas durante el procedimiento de despido del demandante figuran en su perfil de Facebook de libre acceso público y no restringido, al que puede acceder cualquier persona con una cuenta de Facebook. El Notario Público de Lima, constató que la señora María del Carmen Miniza Stoll, Sub Gerente de Relaciones Laborales de RIPLEY, pudo acceder a estas expresiones, haciendo uso de su cuenta de Facebook, a pesar de no tener como contacto al demandante.
- Existe la cierta posibilidad de que Facebook sirva como nexo para la comisión de faltas graves laborales (como la injuria) e incluso delitos (como la difamación agravada).
- Cuando se lesiona el derecho al honor de una o más personas mediante la publicación y difusión de expresiones injuriantes tales como “reconcha de su madre”, “basura”, “desahuevate mierda”, “imbécil”, “incompetentes amaestrados” y “esas mierdas” no se ejerce el derecho a la libertad de expresión. Este no es un derecho ilimitado o prevalente, respecto del derecho al honor, que posibilite a las personas a insultar a otras.
- El demandado señala que el demandante es un dirigente sindical con casi seis años de servicio, por tanto es absurdo afirmar que no conocía el contenido del Reglamento Interno de Trabajo de RIPLEY, sustentado ello en la carta notarial de pre aviso que vino acompañada de la copia de la Declaración Jurada de conocimiento de dicho Reglamento Interno de fecha 23 de julio del 2007.
- La imputación realizada por RIPLEY abarca conductas ilícitas distintas al pulsado de la opción “*me gusta*”. Por tanto, el demandante realiza afirmaciones falsas y pretende confundir al juzgado al tratar de reducir el ámbito de imputación de esa manera.
- Es falsa la afirmación del demandante cuando señala que “*las expresiones de Facebook no son consideradas un medio probatorio válido para justificar el despido de algún trabajador (...)*”, ya que, a la fecha, encontramos enorme jurisprudencia internacional que valida el despido de un trabajador cuando este lesiona el derecho al honor a través de Facebook.
- El demandante, sin ningún sustento, cuestionó la legitimidad y moralidad de las actuaciones de RIPLEY. Negligentemente, con la frase “*oye Norberto y si en vez de decir crecer, crecer, crecer (...) mejor decimos hay que pagar, pagar, pagar*”, se imputa una deuda a RIPLEY, sin hacer referencia a cuánto ascendería, ni a quienes involucraría. Lo que es peor, ni siquiera se señala qué es lo que fundamentaría y/o acreditaría el supuesto adeudo.
- El demandante realizó publicaciones ofensivas e injuriantes respecto de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos colgando en su perfil

de Facebook una imagen de una mano cogiendo una tarjeta con la palabra "INCOMPETENTE" en mayúscula, siendo la sumilla de esta publicación la siguiente "*¿A quién se le cayó esta tarjeta? ¿En qué oficina puedo dejarla?*", desacreditando a quien ocupa un cargo de dirección en una empresa transnacional, sin que haya la diligencia debida que impone el criterio de veracidad del test de ponderación, de modo que se configura una lesión al honor.

- El demandante difundió expresiones injuriantes respecto de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos al compartir y difundir públicamente una imagen manipulada en la que aparecen el señor Norberto Rossi (Director Ejecutivo de RIPLEY), Natalia Málaga y "Melcochita", en la cual se dirigen al Director Ejecutivo de RIPLEY diciéndole "*desahuévate mierda*" y que es un "*imbécil*", afectando el honor y la buena reputación de esta persona y de RIPLEY frente a la opinión pública.
- El demandante permitió que terceros realizaran comentarios injuriantes, agraviantes y ofensivos a través de su cuenta de Facebook. El mismo demandante ha reconocido que dichas expresiones son insultos, sin embargo, no las eliminó y optó por mantenerlas, manteniendo una "posición de garante" respecto de los comentarios ilícitos realizados en su perfil de Facebook.
- El comportamiento del demandante está calificado como el delito más grave contra el honor tipificado en el Código Penal como difamación agravada de conformidad con el artículo N° 132 del Código Penal, ya que las expresiones con contenido injurioso han sido publicadas y difundidas a través de la red social Facebook.
- El demandante ha dado inicio a un proceso judicial distinto a este que se encuentra en trámite, en el que precisamente discute la validez de las sanciones que le fueron impuestas por el uso del cintillo. En otras palabras, este es un asunto de competencia exclusiva del Primer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima.
- El demandante realizó una denuncia en el programa televisivo "Panorama" en el año 2011. Sin embargo, su despido se ha basado en la corroboración objetiva del incurrimento en faltas graves, casi dos años después de que se propagara el reportaje referido. Asimismo, es falso que RIPLEY haya tenido una predisposición a despedir al señor Cornejo Alvarado desde el momento en que le notificó la carta notarial de pre aviso. Contrariamente a lo afirmado por el demandante, fue él quien señaló a través de su cuenta de Twitter que había sido despedido en dicha fecha; más bien esta confusión tuvo que ser aclarada por RIPLEY a través de su cuenta de Twitter.

- El demandante se limita a adjuntar a su subsanación, citaciones del Primer Juzgado de Paz Letrado de Lince por la comisión de faltas, queriendo hacer entender al juzgado que RIPLEY habría promovido estas acciones penales. Sin embargo, las mismas no fueron iniciadas a propósito de una denuncia de RIPLEY sino hemos sido incorporados en calidad de “agraviados”.

2.4 Audiencia de Conciliación

Con fecha 21 de Agosto del 2013 se desarrolló la Audiencia de Conciliación programada, en la que las partes **no arribaron a acuerdo alguno**, por lo que se procedió a la fijación de las pretensiones materia de juicio.

2.5 Solicitud de nulidad del acta de infracción

Con fecha 15 de julio de 2013 RIPLEY solicita a la Quinta Sub Dirección de Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a declarar nula el Acta de Infracción y el procedimiento inspectivo o, en su defecto, desestimar las infracciones imputadas, las multas propuestas en virtud de ellas, así como el procedimiento inspectivo de acuerdo a los siguientes términos:

- El Acta de Infracción y el procedimiento inspectivo deben ser declarados nulos o desestimados pues contravienen la Ley General de Inspección del Trabajo, su Reglamento, los Principios que regulan la función inspectora, los criterios de obligatorio cumplimiento de la Autoridad Central del Sistema de Inspección de Trabajo y afectan el derecho al debido procedimiento.
- El Inspector fundamenta la imputación de actos antisindicales en un hecho falso y en un fundamento jurídico inexistente: el Inspector no ha realizado ningún recorrido durante sus visitas inspectivas al centro de trabajo como falsamente señala en el Acta, y la cita textual que ha utilizado como argumento jurídico no existe en la bibliografía señalada.
- El Inspector viola los Principios de Jerarquía, Legalidad y Probidad al incumplir el criterio de obligatorio cumplimiento de la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo: propone una multa por incumplimiento a la medida inspectiva de requerimiento, adicionalmente a la multa por supuesta infracción a la normativa sociolaboral.
- El inspector ha impuesto sanciones mayores a la mínima establecida sin justificación alguna, con lo cual incumple el criterio obligatorio dispuesto por la Dirección General de Inspección del Trabajo.

2.6 Solicitud al juzgado para que se oficie a la Dirección de Inspección del Trabajo de Lima Metropolitana

Con fecha 23 de agosto de 2013 el demandado solicita al Décimo Primer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima que se oficie a la Dirección de Inspección de Trabajo de Lima Metropolitana con la finalidad de que se inhiba de continuar con el procedimiento inspectivo iniciado en virtud a la Orden de Inspección N° 7070-2013-MTPE/1/20.4. Solicitud que por parte del juzgado que resultaría indispensable, en atención al caso omiso que se ha hecho a los reiterados pedidos de RIPLEY para que se respete el principio de independencia judicial y, a la par, sus derechos constitucionales. Es así que fundamenta su solicitud señalando lo siguiente:

- Con fecha 20 de agosto de 2013, se emite el Requerimiento por medio del cual la Inspectora del Trabajo, Srta. Tatiana Mayorga Farfán, requiere a RIPLEY que – en un plazo de dos (2) días hábiles – acredite **“la continuidad laboral del trabajador despedido Sr. Giancarlo Cornejo Alvarado”**, y nos exhorta a abstenernos *“en el futuro de realizar acto tendiente a coactar, menoscabar y restringir en cualquier forma el derecho fundamental a la Libertad Sindical y a cometer actos de injerencia en la actividad sindical de su centro de trabajo”*.
- La Inspectora referida está avocándose a una causa pendiente ante el Juzgado ya que i) nos está ordenando reponer al señor Cornejo Alvarado; ii) está calificando el despido del señor Cornejo Alvarado como un acto antisindical (como un despido nulo). Además, a partir de la revisión del Requerimiento, se podrá advertir que este contiene un razonamiento que no se basa en la comprobación o verificación de hechos, sino única y exclusivamente en la opinión de la Inspectora respecto de temas (no sólo jurídicos) que requieren un conocimiento especializado.
- De esa forma, se está trasgrediendo lo dispuesto por el numeral 2) del artículo 139 de la Constitución que señala: *“Principios de la Administración de Justicia. Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.*
- Invocando lo señalado por el artículo 64° de la Ley General de Procedimiento Administrativo 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, solicitamos oportunamente y en más de una ocasión a la Autoridad Administrativa de Trabajo que se inhiba de proseguir con el trámite del procedimiento inspectivo; sin embargo, esta no se ha pronunciado sobre dicho pedido.

2.7 Absolución de traslado de escrito sobre orden de inspección

Con fecha 12 de setiembre de 2013 el demandante cumple con absolver el traslado que se le hace de un escrito de la parte demandada sobre la Orden de Inspección N° 7070-2013- MTPE/1/20 mediante la cual la Autoridad Inspectiva de Trabajo habría requerido a la empresa demandada para que acredite la continuidad laboral del demandante, en los siguientes términos:

- El procedimiento no es iniciado por el demandante ni se trata de un mismo asunto ya que el recurso es presentado por el Sindicato único de Trabajadores del Grupo Ripley S.A Perú y lo que busca es que la Autoridad de Trabajo cautele la protección del fuero sindical y la representatividad de un dirigente principal y miembro del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- El procedimiento administrativo tiene una tramitación y finalidad totalmente distinta a la de un proceso laboral como el presente y culmina con acciones sancionadoras por lo que resulta improcedente lo que pretende la parte demandada cuando solicita al juzgado que pretenda frenar un procedimiento sancionador distinto a un proceso laboral de Nulidad de Despido y Otros.

2.8 Audiencia de Juzgamiento

A los 27 días del mes de setiembre del 2013 se desarrolla la audiencia de juzgamiento determinándose lo siguiente:

- Hechos que no ameritan actuación probatoria alguna:
 - i) Existencia de la relación laboral en el periodo desde el 23 de julio de 2007 hasta el 30 de abril de 2013.
 - ii) El último cargo ejercido por el actor fue el de vendedor Integral en las Begonias División Comercial LBG.
- Medios probatorios dejados de lado

De la parte demandante:

- i) La ejecutoria emitida por el Tribunal Superior de la Sala Social de Murcia.
- ii) La ejecutoria del Tribunal de Garantías Constitucionales del 18 de Agosto del 2004.

De la parte demandada:

- i) Copia de la noticia publicada en el portal Web www.elcomercio.pe

- ii) Copia de la noticia publicada en el portal Web www.masqueredes.es
- iii) Copia del artículo titulado “como evitar ser despedido de tu trabajo por algo que escribas en un blog
- iv) Copia de la lista de términos comúnmente usados e internet publicados en el portal Web www.wiktionary.org
- v) Copia de la página de información del perfil de Facebook y de una publicación del usuario PERU
- vi) Copia de la noticia publicada en el portal Web www.20minutos.es con relación a una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
- vii) Copia del reporte del expediente N° 8383-2013-0-1801-JR- LA 12
- viii) Copia de la demanda de reposición por despido fraudulento interpuesto por el señor Williams Alexander Guerra Rodriguez
- ix) Pericia de parte del Dr. Iván Meini Méndez
- x) Copia de las 19 actas de reuniones extra proceso
- xi) Copia de los convenios colectivos celebrados por RIPLEY
- xii) Copia de los permisos de licencias sindicales

Asimismo, se oficia a la Dirección de Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a efectos que se remita copia certificada del expediente administrativo.

2.9 Sentencia

Con fecha 19 de marzo de 2014, el Décimo Primer Juzgado de Trabajo Permanente de Lima, emite la sentencia N° 050-2014-11°JETPL exponiendo los siguientes fundamentos:

- El demandante no ha podido acreditar que su cuenta de Facebook tenía la configuración de privado, por lo que estando a lo señalado por la demandada y así como en el acto de audiencia de juzgamiento verificado por Notario Público, debe señalarse que dicha cuenta era de carácter público y que cualquier persona que posea una cuenta en Facebook podía tener acceso al contenido del mismo, motivo por el que no se aprecia alguna invasión a la intimidad del actor por parte de la demandada al obtener información que figuraba en la biografía.
- Sobre la imagen en donde se señala “*Oye Norberto y si en vez de decir crecer, crecer, crecer(...) mejor decimos hay que pagar, pagar, pagar*”, se verificó el incumplimiento de la demandada del pago de horas extras

por lo que lo señalado por ésta, en su cuenta personal de Facebook, no constituye una injuria contra el empleador o alguno de sus directivos puesto que sólo se manifestaba el reclamo realizado por un dirigente sindical respecto del pago de adeudos.

- Sobre la falta de eliminación de comentarios injuriantes tales como: “ese rcsml como no lo deportan por basura!” se requiere una acción de parte del trabajador, esto es un “hacer” no de una omisión.
- Facebook es una red de comunicación social interactiva que tiene por finalidad compartir información del titular con los demás usuarios, no se trata de un medio para propalar públicamente noticias, informaciones, reportajes, como es el caso de un periódico, revista, blog u otro medio de información en los que el administrador si asume un deber de garante respecto de lo que se permite que otros publiquen en el mismo.
- Respecto de la facilitación para insultar, no se verifica que el demandante hubiere creado una cuenta para insultar o indicado a sus contactos que podían utilizar dicha cuenta para proferir injurias a la emplazada.
- Sobre la publicación del fotomontaje de Natalia Málaga, “Melcochita” y el Director Ejecutivo de RIPLEY, se considera que se trata de un “meme” que es utilizado para describir una idea, concepto, pensamiento... si bien las expresiones vertidas resultan ofensivas, este aspecto no es suficiente para acreditar una falta grave del trabajador, pues es necesario establecer si fueron protegidas con ánimo de injuria, para lo cual debe analizarse el contexto en que dichas expresiones fueron realizadas. Por tanto se puede verificar que al momento que se compartió dicho “meme” existía un conflicto con la emplazada respecto de las sanciones impuestas, incluso la última sanción fue impuesta el mismo día en que ocurrieron los hechos, lo que lleva a concluir que el demandante no actuó con ánimo de injuria ni de faltamiento de palabra sino de manera inadecuada mostró su disgusto.
- En el presente caso, las frases que contienen el “meme” se encuentran dirigidos al Sr. Norberto Rossi quien no es parte del presente proceso, y no se ha acreditado que este hubiere considerado como una injuria hacia su persona las frases referidas, puesto que de las imputaciones realizadas no se advierte que la misma se hubiere iniciado por una comunicación o denuncia por parte de este funcionario, tampoco se acredita haber menoscabado la imagen de la demandada.
- Respecto a la publicación de una tarjeta en donde dice “INCOMPETENTE”, esta no contiene ofensa alguna hacia algún compañero de trabajo ni a la demandada puesto que no se advierte tal ánimo en dicha publicación pues de manera genérica lanza un calificativo sin advertir que el mismo se encuentre dirigido a alguien por

lo que resulta un exceso de celo de la demandada en considerar que este se refería a todo su personal.

- Que el demandante hubiera dado “me gusta” no constituye un acto de injuria, ni se advierte que dicha acción fuera realizada con el ánimo de injuriar a algún supervisor.
- Se advierte por tanto que las conductas imputadas como faltas graves por parte de la demandada al actor, no tienen tal condición, por lo que el despido del demandante no se encuentra justificado.
- Se advierte que para cuando se realizó el despido, aún no había transcurrido el plazo de 3 meses desde que se expidió la referida Acta de Infracción, por lo que resulta evidente el nexo causal existente entre estas comunicaciones ante la autoridad administrativa de trabajo y despido realizado habiéndose cumplido del plazo de protección.
- Se resuelve por tanto: declarar fundada la demanda, nulo el despido del demandante, se ordena reponer al demandante en su anterior lugar de trabajo y se ordena a la demandada, pague al demandante las remuneraciones devengadas así como el depósito del CTS.

2.9 Apelación de sentencia

Con fecha 24 de marzo de 2014 el demandado presenta un recurso de apelación contra la sentencia mencionada señalando como pretensión impugnatoria principal: que el órgano jurisdiccional superior anule la sentencia debido a que vulnera derechos constitucionales a probar y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, y como pretensión impugnatoria subordinada que la sala superior revoque la sentencia en todos sus extremos debido a que incurre en errores de hecho y derecho. Es así que fundamenta sus pretensiones en base a los siguientes términos:

- La sentencia alude a categorías penales para determinar si el señor Cornejo Alvarado incurrió en faltas graves... así por ejemplo se refiere al deber de garante en los delitos de omisión, demostrando que la pericia del Dr. Meini era un medio probatorio absolutamente pertinente que debió ser admitido y actuado.
- Por otro lado, la sentencia se pronuncia sobre las características y funcionamiento de Facebook, incluso lo distingue de otros medios de comunicación social demostrando que la pericia del magister Eduardo Villanueva era un medio probatorio pertinente que debió ser admitido y actuado durante la audiencia de juzgamiento.
- Lo más preocupante es que teniendo ambas pericias a su disposición, el juzgado haya terminado remitiéndose a fuentes informales como el

portal www.wikipedia.org o se haya apartado de los criterios vinculantes desarrollados por la Corte Suprema de Justicia.

- La sentencia vulnera el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales ya que el juzgado establece que las expresiones verbales resultan ofensivas para cualquier persona; sin embargo, concluye que estos insultos no configuraron la falta grave ya que el demandante no actuó con ánimo de injuria.
- Además, el juzgado señala que no se ha acreditado el perjuicio al honor ni a la buena reputación; empero, este mismo ha señalado que las expresiones resultan ofensivas para cualquier persona.
- La sentencia resalta que en el delito de injuria la acción penal es privada, y luego cuestiona que el señor Norberto Rossi no haya presentado una denuncia. El hecho que tal denuncia no exista no significa que el demandante no haya agredido con insultos al Director Ejecutivo de RIPLEY, y por consiguiente haber incurrido en faltas graves.
- No se descarta que el comportamiento del demandante sea un comportamiento reprochable; pero se sostiene que dicho comportamiento no estaría tipificado en el literal f) del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral por que dicha falta requiere un comportamiento activo. Pero ello es incorrecto ya que el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo de RIPLEY establece: *“Es obligación de todos los empleados tratar respetuosamente a sus superiores, compañeros de trabajo y público en general, consiguientemente, les está prohibido **cualquier forma de trato que impliquen una falta de respeto o actos de naturaleza análoga o similar, que puedan perjudicar la buena imagen de RIPLEY.**”*
- Además, si se hubiera admitido la pericia del Dr. Meini, el juzgado hubiera podido advertir que “la responsabilidad penal se deriva de dos tipos de comportamientos: activos y omisivos. En el primer caso se realiza un comportamiento que pone en riesgo o lesiona el bien jurídico protegido. En el segundo se omite cumplir un deber que tiene por finalidad evitar que un bien jurídico sea puesto en riesgo o lesionado por tercero. En los casos de delitos perpetrados mediante comportamientos omisivos será responsable quien tenga el deber de garante”
- En la conclusión de la sentencia se dice que el demandante sí hubiera sido responsable por su omisión, y por tanto el despido hubiera sido válido, si las ofensas hubieran sido consignadas en un “blog”. Este razonamiento no tiene ningún sustento; por el contrario, al igual que un “blog”, el Facebook es un medio de comunicación social.

- Si se determina la injuria, aquello es un delito y, por el principio de lesividad, necesariamente califica como una falta grave laboral al tratarse del mismo comportamiento; asimismo, la gravedad de la injuria no constituye un requisito para la configuración de la falta grave de acuerdo a Casación N° 1938-98 LIMA en la que se estableció: “(...) La ley laboral ha definido como falta grave a la injuria sin distinción o condicionamiento adicional, siendo menester aceptar entonces que, en ella, es suficiente únicamente que la injuria se encuentre presente, con prescindencia de su gravedad...”.Inclusive si se hubiese admitido la pericia del Dr. Meini, se hubiera podido apreciar que en este caso se ha configurado el delito de difamación agravada, que es la forma más grave de atentar contra el honor de una persona.

2.10 Sentencia de Vista

Con fecha 03 de julio de 2015 la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima resuelve la apelada en los siguientes términos:

- Respecto al primer agravio referido a la declaración de improcedencia de las pericias solicitadas por la demandada; es importante destacar que para definir si las pruebas ofrecidas son pertinentes o relevantes respecto de la cuestión discutida, el artículo 190° del Código Procesal Civil, el cual señala: “Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión(...)” En el caso de autos , se tiene que las pericias ofrecidas como medio de prueba por la demandada, están dirigidas a sustentar posiciones de dos especialistas, uno en Derecho Penal y otro en internet, tecnología de la información y redes sociales; no obstante ello, no constituyen un medio probatorio exacto puesto que son referenciales y no tiene nexo entre el hecho y la actividad que el presente caso se busca demostrar. En tal sentido se desestima el agravio expuesto por la demandada.
- Se ha acreditado que las publicaciones en Facebook del actor eran hechos de modo público pues su acceso no estaba delimitado en modo privado, por lo que podemos afirmar imperativamente que este espacio no era parte de su vida privada y por tanto era susceptible de ser visto, de reacciones, comentarios y otros por parte de terceros sin su autorización. En tal virtud no ha existido ilicitud en su acceso por parte de la demandada.
- Sobre la publicación en Facebook del señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de la Empresa demandada y la señora Patricia Subauste, Gerente de Recursos Humanos, con la frase: “*Oye Norberto si en vez de decir crecer, crecer, crecer, (...) mejor decimos hay que pagar, pagar, pagar*” ; sobre un fotomontaje, originado por el usuario

SUTRAGRISA, sobre el señor Roberto Rossi, acompañado por Natalia Málaga y “Melcochita, dirigiéndose el señor Rossi de la siguiente manera: “Son trabajadores no colaboradores... desahuévate mierda” “imbécil”; otra publicación, fue una fotografía de una mano que decía “incompetente” con la sumilla “¿a quién se le cayó esta tarjeta? ¿En qué oficina puedo dejarla? En todos ellos el demandante puso “like”.

- Los empleados, como todos los demás, deben asegurarse que las declaraciones realizadas en las redes sociales y otras comunicaciones públicas en Internet no infrinjan los derechos de sus colegas, empleadores o agentes, ya que la relación laboral lo obliga necesariamente a brindar una labor subordinada que implica el permitir a un tercero dirigir, controlar y supervisar sus actividades.
- En este caso, el ejercicio a la libertad de expresión del empleado afecta el derecho a la reputación y buena imagen de su empleador y/o representantes, pudiendo inclusive llegar a afectar el derecho del empleador a la libertad de empresa y de comercio. Consecuentemente, se activa para el empleador la facultad de sancionar al empleado con un medida disciplinaria que puede ser una amonestación o hasta un despido justificado-
- Con respecto a la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo que "el empleador, en el ejercicio de sus facultades direccionales no sólo podrá dar instrucciones específicas para que los trabajadores ejecuten su prestación laboral, sino también deberá emitir normas de carácter general y permanente con la finalidad de sistematizar y regular las funciones y el comportamiento dentro de la empresa" “La inobservancia del trabajador de las disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo es causal de falta grave en la medida que dicho cumplimiento denote gravedad y por ello, deberá verificarse con la mayor rigurosidad y objetividad si tal trasgresión posee la relevancia necesaria para considerarla “grave” y sancionarla con la mayor sanción en el ámbito laboral la cual es el despido.
- Con respecto al faltamiento de palabra, este se refiere al manifiesto de insultos verbales o por escrito, el cual denota desprecio, ofensa, falta de consideración y respeto.
- El demandante ha reconocido que conocía sus obligaciones expuestas en el Reglamento Interno de Trabajo por lo que no se encuentra excusa alguna para que haya trasgredido la prohibición indicada al haber compartido en Facebook, las imágenes con frases agraviantes contra los directivos de la empresa; mostrando su conformidad con los comentarios que brotaron de su publicación, lo que hace inverosímil la teoría de que no hacía alusión al personal de la demandada y que tampoco tuvo el ánimo de injuriar; más aún, si se trataba de una página catalogada como red social, de carácter público.

- Se concluye entonces que no se ha realizado un legítimo ejercicio de su libertad de expresión por parte del demandante.
- El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado lo siguiente: “154... en la expresión de sus opiniones, las organizaciones sindicales no deberían desbordar los límites admisibles de la polémica y deberían abstenerse de excesos de lenguaje”. El demandante al ser Secretario de Defensa tenía la obligación de guardar una conducta diligente en la relación laboral, procurando poseer un modelo de conducta frente a sus compañeros de trabajo.

Entonces se resuelve revocar la sentencia reformándola y declarándola infundada. Absolviéndose de la instancia a la demandada. Sin costos ni costas



3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema 1:

Según los hechos, ¿el demandante incurrió en falta grave laboral prevista en el artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral?

- 3.1 ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor?
- 3.2 ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad sindical?
- 3.3 ¿Son las redes sociales un medio de comunicación mediante el cual se podría injuriar a las personas?
- 3.4 ¿Qué es el poder de dirección del empleador?
- 3.5 ¿Cuáles son los supuestos de causa justa de despido?
- 3.6 Según la posición del bachiller, ¿el demandante incurrió en falta grave laboral prevista en el artículo 25° de la ley de productividad y competitividad laboral?

Problema 2:

Determinar si el demandante incurrió en responsabilidad penal

- 3.7 ¿Cómo se configura el delito de injuria?
- 3.8 ¿Cuál es la relación que existe entre “injuria” como falta grave laboral e “injuria” como delito?
- 3.9 ¿Se configuraría algún delito contra el honor cuando realizamos un acto omisivo (*deber de garante*)?
- 3.10 Según la posición del bachiller, ¿el demandante incurrió en responsabilidad penal por los comentarios realizados en Facebook?

Problema 3:

Determinar si se ha respetado el derecho a un debido proceso en todas las instancias

- 3.11 ¿Se ha vulnerado el derecho a probar, dejando de lado los medios probatorios ofrecidos en la audiencia de juzgamiento?
- 3.12 ¿Se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales?
- 3.13 ¿Según cómo se ha llevado a cabo el proceso, qué pudo motivar al demandante a desistir del recurso de casación interpuesto?
¿Cabe el desistimiento o la conciliación en una instancia como ésta?
- 3.14 Según la posición del bachiller ¿Se ha llevado a cabo un debido proceso, teniendo en cuenta la observación del demandante sobre una supuesta vulneración al derecho a la debida motivación?



4. ANÁLISIS Y TOMA DE POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1 Según los hechos, ¿el demandante incurrió en falta grave laboral prevista en el artículo 25°, literal a) y f), de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral?

Para poder verificar si el demandante ha incurrido en falta grave laboral prevista en la Ley, primero tendremos que desarrollar algunos conceptos jurídicos, tal como lo realizaremos a continuación.

4.1.1 ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor?

Tanto el derecho al honor, regulado en el artículo 2, numeral 7 de la Constitución Política del Perú, como el derecho a la libertad de expresión, regulado en el artículo 2, numeral 4 de la Constitución Política del Perú, son considerados derechos fundamentales atribuibles a todas las personas sin excepción. La confrontación de estos ha sido frecuente en nuestro sistema jurídico, tratándose de encontrar, en cada caso concreto, la solución más razonable y proporcional posible en la confrontación de estos dos derechos fundamentales.

En esta oportunidad empezaremos analizando el derecho al honor. Nuestro Código Penal protege este derecho, tipificando delitos como: a) La Injuria, b) Calumnia y c) Difamación, los cuales tienen como bien jurídico protegido: el honor de las personas y se encuentran detallados en los artículos 130°, 131° y 132° del mencionado código.

Cabe la interrogante ¿Qué protege el derecho al honor? José Ramón de Verda(2015), catedrático universitario de la Universidad de Valencia, señala que: "... existe un núcleo esencial irreductible del derecho al honor reclamado por la común dignidad de la persona humana" (p.23). Por otro lado, desde la perspectiva penal, en el informe del profesor Iván Meini (2013), elaborado para el caso concreto, se concluye con respecto al honor que:

El bien jurídico penal honor es el conjunto de legítimas expectativas de reconocimiento que tiene una persona en sociedad. Estas expectativas de reconocimiento se construyen sobre la base de la dignidad humana y por eso existen mínimas expectativas de reconocimiento para todas las personas (momento estático del honor), pero también se toma en cuenta los comportamientos del sujeto en sociedad, lo que permite distinguir distintas expectativas de reconocimiento para las personas (momento dinámico del honor) (p. 2)

Asimismo, la jurista Silvia Baeza ha señalado que:

La mayoría de los autores coincide en la distinción antedicha entre el honor subjetivo y el honor objetivo. El honor subjetivo es aquel referido a la propia valoración y dignidad. Se trata de la imagen de sí mismo que tiene cada individuo... El honor objetivo está referido a la imagen social de la persona... (Baeza, 2003, p. 12)

Es así que la doctrina ha desarrollado una concepción dualista del honor, visto desde la sociedad y desde uno mismo; sin embargo, consideramos que debemos obtener una sola definición de "honor", que sea ajena a apreciaciones sometidas al mucho o poco valor discrecional de valoración sobre cada persona. Es por ello que coincidimos con el jurista Eduardo Estrada(1998) quien señala:

El honor no es un valor de recompensa por la capacidad y reconocimiento social de la persona, es un valor que acompaña a todo ser humano desde el nacimiento... el honor es un derecho que nace con la persona y que incluso es anterior a ella misma y al ordenamiento jurídico que lo reconoce. El derecho al honor debe inspirarse en valores tan superiores como el de libertad, justicia, igualdad y el pluralismo y, el respeto en los principios de la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás... sólo el concepto normativo, identificado en "**el derecho a ser respetado**", es idóneo para adaptarse al conjunto de principios que inspiran el Texto Constitucional, llegando a alcanzar una definición única, estable e igual para todos los ciudadanos(el resaltado es nuestro). (pp 35-36)

Por lo tanto, podemos decir que el derecho al honor tiene como núcleo esencial *la dignidad de la persona*, es así como lo confirma el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 10087-2005-PA "La dignidad humana es un valor, un principio constitucional que porta valores constitucionales... la dignidad se proyecta como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y sus derechos". En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional(2011) en su sentencia emitida en el exp. N° 02756-2011-PA/TC señala que:

Se puede argumentar que el honor, basada en la dignidad humana, es la capacidad de presentarse ante otras personas en condiciones de igualdad, lo que permite la participación en los diferentes contextos sociales y; por lo tanto, corresponde ser establecido por la libre determinación de la persona...

En ese sentido el honor es un componente de la imagen del ser humano, ínsito en la dignidad de la que se encuentra investida, que garantiza a la persona un ámbito de libertad en relación con sus cualidades más relevantes y mediatas. Este derecho está íntimamente relacionado con la dignidad de la persona; su finalidad es proteger a su titular la humillación o el escarnio, contra sí mismo o ante terceros, e incluso del uso arbitrario de la

libertad de expresión e información, ya que la información proporcionada no debe ser ofensiva, despectiva o injuriosa en ningún caso.

Por otro lado, cabe señalar que nuestra legislación ha considerado al derecho al honor como uno de derecho privado ya que ha establecido en el Código Penal(1991), en su artículo 138°, que “en los delitos abordados en este Título sólo se procederá por acción privada” (p. 39), es así como el Dr. Prado Saldarriaga en el recurso de nulidad N°: 1077-2021 Lima señala que:

El honor, al tratarse sobre un bien jurídico personalísimo y de ejercicio privado de la acción penal debe ser ejercida de modo directo y personal por el sujeto pasivo del delito... cada sujeto pasivo irroga e identifica la cesión de su honor objetivo en términos distintos y que le son propios. (Mendoza vs Álvarez, 2021)

y ello es así porque sólo la persona afectada tendría la posibilidad de determinar qué constituye una expresión que atente contra su honor. Es por ello que resulta muy complicado para el juez determinar los parámetros para señalar cuándo y en qué momento se ha vulnerado el honor de una persona.

Por otro lado, nos toca analizar que contiene el derecho a la libertad de expresión, regulado en el artículo 2, numeral 4 de la Constitución Política del Perú que señala:

Toda persona tiene derecho la libertad de información, opinión, expresión y pensamiento por medio de la palabra, medio escrita o imagen, a través de cualquier medio de comunicación social, sin autorización previa ni censura ni impedimento alguno, bajo la responsabilidad de ley que ello implica. (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 2)

Asimismo, se encuentra suscrito en el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que señala: “el Derecho a la libertad de expresión implica el de no ser acosado a consecuencia de sus opiniones, el de investigar, recepcionar opiniones y el de difundirlas, sin limitación de barreras mediante algún medio de expresión” (Asamblea General de la ONU, 1948). Aunado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85 sostuvo las dos dimensiones de este derecho, que nos parece importante mencionar, los cuales son:

En el plano individual, la libertad de expresión no se acaba en el derecho teóricamente reconocido de hablar o escribir, sino que incluye además, necesariamente, el **derecho a difundir y expresar ideas mediante cualquier medio adecuada de maneras que pueda alcanzar al mayor número de personas posibles** (el resaltado es nuestro) ... el expresar y difundir el pensamiento son

acciones que no se pueden dividir, de manera que una censura a la posibilidad de divulgación se ve reflejado directamente en un límite al derecho de expresarse libremente (...).

En su plano social, la libertad de expresión es un nexo para el intercambio de ideas e información que contribuya a la comunicación masiva entre las personas. Así como incluye el derecho de comunicar a otros sus propias opiniones así como también implica el derecho de conocer puntos de vista y noticias (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, p. 10)

Asimismo, la Defensoría del Pueblo (2000) en su Informe Defensorial N° 48, señala que: “La libertad de expresión es el derecho a expresar y comunicar sin censurar el pensamiento de cada uno. Se trata por tanto, de la exteriorización de las libertades de pensamiento mediante las más variadas formas de comunicación” (p. 8), entonces podemos señalar que la libertad de expresión se presenta como una dimensión subjetiva, la manifestación de la dignidad humana, sin embargo, no es absoluto y se encuentra limitado por los tipos penales de injuria, calumnia y difamación. De tal manera que no se permita lesionar el derecho antes desarrollado como es el derecho al honor.

Sin embargo, existen múltiples casos en los que ambos derechos analizados se han confrontando, estableciendo amplia jurisprudencia teniendo que llevarse a cabo el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116 (Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información) para establecer, como doctrina legal, reglas de ponderación que, al aplicarlas, tengan en cuenta cada caso particular de forma tal, que se pueda resolver el conflicto entre el derecho al honor y el derecho la libertad de expresión.

Estas reglas de ponderación son:

1) La necesidad de un test de ponderación: “exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación, valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado”

2) Causa de justificación “si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información”

Y en base a lo anterior, el Acuerdo plenario define dos criterios para ponderar el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión:

a) Relevancia pública de la noticia o del sujeto

b) Requisitos del ejercicio de las libertades de información y expresión (está prohibido el empleo de insultos y expresiones vejatorias) (veracidad de los hechos y de la información) (Corte Suprema de Justicia de la República, 2006, pp 3-4)

Es así como, al haberse establecido como doctrina legal esta regla de ponderación y haberse convertido en precedente vinculante, será una herramienta determinante para que nosotros podamos resolver el presente caso.

4.1.2 ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad sindical?

Este derecho está reconocido en nuestra Constitución de 1993 en donde se señala que:

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1) Garantiza la libertad sindical, 2) Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales, 3) Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones. (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 28)

Además, también podemos señalar que se encuentra reconocido de forma genérica en el artículo 2° inciso 13 del mismo cuerpo normativo en el que se señala: “Toda persona tiene derecho... a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley...”(Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 2).

Asimismo, el destacado laboralista Jorge Toyama Miyagusuku y la abogada Marilú Merzthal señalan con respecto a este derecho, lo siguiente:

La libertad sindical esta definida como el derecho que tienen los trabajadores a formar las organizaciones que considere que le conviene, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la única condición de observar los estatutos de las mismas. En palabras más simples, la libertad sindical es el derecho de los trabajadores a asociarse libremente para poder actuar en defensa de sus derechos frente al empleador, es la mayor garantía que tienen los trabajadores para la tutela de sus derechos. La libertad sindical sirve para equilibrar de cierta forma la relación, desigual por naturaleza, entre el empleador y el trabajador (Toyama y Merzthal, 2015, p. 2)

Es así como la doctrina ha descrito el derecho a la libertad sindical, en el cual, también muchos juristas han coincidido que, en nuestro país, su

desarrollo se ha visto enormemente beneficiado por las diversas sentencias del Tribunal Constitucional a lo largo de los años.

Por otro lado, el Tribunal ha reconocido las dos dimensiones del derecho a la libertad sindical, plasmados expresamente en el artículo 51° de la anterior Constitución Política del Perú de 1979, como lo son: 1) dimensión individual (el derecho a los trabajadores de afiliarse al sindicato de su preferencia y a no afiliarse a ninguno de ellos), 2) dimensión colectiva (Es el derecho a los sindicatos a constituirse y funcionar libremente). Alfredo Villavicencio(2010), en su libro, a su vez subdividió:

La libertad sindical individual en la libertad sindical positiva (comprende el derecho del empleado a formar organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos que ya están formados) y la libertad sindical negativa (derecho de los empleados a no incorporarse a una organización sindical o a no quedarse en aquella de la que formen parte, bastando solamente su voluntad en cualquiera de los dos sentidos y sin que su decisión les pueda traer como consecuencia alguna represalia) (p. 132)

Las normas internacionales sobre derechos humanos y los diversos convenios de la OIT también regulan este derecho fundamental; así como: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 23°, inciso 4), El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8°); Convenios de la OIT ratificados en el Perú: Convenio 87(artículo 11°), Convenio 98 (artículo 1°). La OIT aprobó también el Convenio 135 y la recomendación 143 en los que se señala que los que representan a los trabajadores deberán otorgárseles las facilidades necesarias para el adecuado desempeño de sus funciones. Asimismo, el Perú ha ratificado el Convenio 151 sobre “La Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para Determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública” en donde se reconoce la protección del derecho de sindicación y las facilidades que deben darse a las organizaciones de empleados del estado. Por otro lado, nuestro país ha reconocido al derecho a la libertad sindical como un derecho ineludible en un sistema democrático como el nuestro, en donde hasta la actualidad persiste el abuso laboral en todas sus formas, trabajadores que desconocían y desconocen hasta la fecha, derechos laborales que todo ciudadano debe tener. Esto se ve plasmado en los datos del INEI(2022) en el que “la tasa de informalidad en el empleo es de 70,6% en el área urbana y 95.3% en el área rural” (p.22). Es así como nuestro ordenamiento jurídico ha establecido ámbitos de protección para este derecho. Al respecto, Alfredo Villavicencio (2010) nos señala que:

A la dación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo... sí se habrían creado un conjunto de normas que parcialmente y asistemáticamente protegieron a los trabajadores del “hostigamiento

reiterado” por razones sindicales y se establecieron facilidades para el ejercicio de la libertad sindical...El panorama actual de protección de la libertad sindical posee tres senderos; proceso de nulidad de despido, fuero sindical y el proceso constitucional de amparo... (p. 175)

Y es justamente la “nulidad de despido” el recurso legal que se utiliza en el presente caso concreto sobre el cual se debatirá si procede o no el mismo.

Finalmente, queremos mencionar que el derecho a la libertad sindical, no es absoluto, nuestra constitución prevee exclusiones en razón del cargo que se ejerce, mas no del régimen jurídico. Es así que nuestra Carta Magna en sus artículos 42° y 153° señala que:

Derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos

Artículo 42.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Artículo 153.- Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga. (Congreso Constituyente Democrático, 1993)

Aunado a ello, existen otras condiciones para integrar grupos sindicales en el sector de la actividad privada, establecidas como requisitos, tales como los mencionados en el Decreto Supremo N° 010-2003-TR Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, artículo 12 en el que dice lo siguiente:

para pertenecer a un sindicato se exige: a) Ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponde de acuerdo al tipo de sindicato, b) No conformar parte del personal de dirección o laborar en algún cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto, expresamente lo permita. c) No estar afiliado a otro sindicato del mismo ámbito. (Poder Ejecutivo, 2003)

Por otro lado, por ejemplo, en el régimen CAS se establece, en el Decreto Legislativo 1057, un reconocimiento bastante recortado de derechos en los que no se incluye el de libertad sindical, lo cual fue corregido por la Ley 30057, en su artículo 51 de su Reglamento, señalando que sí cuentan con libertad sindical. Además, consideramos que en el caso que no lo hubiese mencionado, todos los servidores tienen este derecho que establece sus exclusiones únicamente a nivel constitucional. Alfredo Villavicencio(2010) hace una crítica al respecto, sobre algunas normas que establecen condiciones para integrar una organización sindical y señala que:

El universo de las condiciones establecidas en estos preceptos legales reduce significativamente el número de trabajadores y funcionarios sindicalizables, de manera principal a aquellos quienes poseen un actual vínculo laboral y que han superado un periodo previo de trabajo, resultando de esta forma perjudicial a la autonomía sindical al condicionarla a requisitos que no tienen nada que ver con la naturaleza y la consagración constitucional de la libertad sindical. (p. 12)

4.1.3 ¿Son las redes sociales un medio de comunicación mediante el cual se podría injuriar a las personas?

Las redes sociales se han transformado en un elemento muy usado, actualmente, por personas en todo el mundo, sin distinción de raza, religión o sexo. Considerada también un medio de comunicación con el cual las personas pueden interactuar mediante mensajes y/o publicaciones de fotografías y otros tipos de contenido gráfico. En la actualidad existen diversas redes sociales en el mundo; sin embargo, entre las más usadas en el Perú tenemos: Facebook, Youtube, Whatsapp, Messenger, Instagram.

Dado el presente caso, nos centraremos en la red social Facebook, red social que al 2019 contaba con 2,7 millones de usuarios activos mensual. Debido a ello, es considerada la principal red social del mundo. Es debido a su alta demanda en los cibernautas mundiales que Facebook ha tenido que tomar precauciones y ser minucioso en cada uno de los términos que han de tener que aceptar sus usuarios para poder usar esta popular red social. Al establecer políticas de privacidad y lineamientos que ha denominado “Declaración de derechos y responsabilidades” y “Política de uso de datos”. Previnendo de esta manera algún tipo de problema que pudiese generarse con respecto a vulneraciones de derechos tales como: información, propiedad intelectual, privacidad, intimidad, uso de datos personales, etc...

Consideramos que esta medida adoptada por la empresa “Facebook” ha de tener como principal razón el impacto personal, social, moral y hasta económico que ha de tener el uso de la red social en la vida de las personas. Este impacto puede ser tan positivo como negativo, por lo tanto es importante que las personas puedan hacer un uso adecuado de esta herramienta para evitar contratiempos.

En cuanto al aspecto positivo podemos encontrar el “marketing digital” en el cual las empresas pueden promocionar sus marcas, productos o servicios a un precio accesible, llegando a un público masivo en un menor tiempo y de una manera más fácil. Hasta podríamos señalar que la efectividad publicitaria en la red social Facebook, podría ser más ventajosa si lo comparamos con otro medio de comunicación tal como la radio o la

televisión. Por otro lado, un aspecto negativo, podría darse en el uso de información o datos personales por parte de personas de mala fe, con la que busquen delinquir usando información que se brinda a través de la red social. Esos son sólo algunos ejemplos del aspecto positivo y negativo del impacto de la red social Facebook en la vida de las personas.

Esta red social (Facebook) que integra a tantas millones de personas y que está en constante crecimiento, ha significado que se vea mermada nuestra privacidad, que tengamos una más fría relación con las personas, celos en nuestras relaciones amorosas y otros efectos negativos, aunque también ha permitido comunicarse a grandes grupos de gente, ha hecho que grandes masas de personas se organicen, ha conseguido que se logre un contacto con mucha más frecuencia entre personas, así como una forma más rápida de conocer a más gente y hacer llegar información a un mayor número de manera eficaz. (Ricaurte, 2010)

No es exagerado señalar que Facebook ha reducido lo que denominaríamos “el ámbito privado” de cada una de las personas. Nuestra forma de vida, en la actualidad, está más expuesta ante el resto de personas ya que mucha de la información o actividades que realizamos es divulgada a través de las redes sociales, muchas veces con la finalidad de ser parte de esta comunidad generacional y no sentirse excluidos de lo que hoy llamaríamos “la era digital”. Entonces, podemos señalar que las redes sociales y en particular la red social Facebook, tienen un gran impacto en la vida de las personas. Un impacto tal que podría transformar radicalmente nuestra forma de vivir, nuestro estado de ánimo, de manera que llegase a beneficiarnos como también a perjudicarnos; por lo que es importante hacer un uso adecuado de esta herramienta brindada por el internet y establecer normas que permitan interrelacionarnos en las redes sociales sin vulnerar algún derecho de la persona.

Dicho ello, podemos afirmar también que Facebook es un medio de comunicación social y virtual que podría tener los mismos o hasta mayores alcances que una carta, o un mensaje televisivo. Por lo tanto, este medio de comunicación puede tener, con respecto a su uso, consecuencias negativas en la vida de las personas, si es que no hay una regulación legal clara que normativice el uso de este medio, con la finalidad de que se puedan proteger los derechos de las personas y evitar así hacer un uso desmedido del mismo, aprovechando su condición de “virtual”. Al respecto, en el informe elaborado por Eduardo Villanueva, Magister en comunicaciones señala lo siguiente:

Un espacio como Facebook, al ser parte de la vida social, permite cosas positivas, pero también negativas: es posible mejorar las relaciones, pero empeorarlas no es nada difícil con una frase mal dicha o una publicación inadecuada. La persona que utiliza la red

social Facebook puede eventualmente considerar que sus actuaciones no tienen consecuencias, pero, realmente, como continuación de la vida social, lo que se hace, ocurre, es real; y, por lo tanto, tiene consecuencias: afecta a las personas, permite ampliar la calidad y cantidad de los intercambios, y puede ofender o enojar a las personas que participan de ellos. (E. Villanueva, comunicación personal, 20 de junio de 2013)

Entonces, queda claro que al ser Facebook un medio de comunicación, sí podría ser un medio utilizado para vulnerar los delitos contra el honor tales como la injuria, calumnia o difamación, establecidos en el artículo 130°, 131° y 132° respectivamente. No queremos decir que sea necesario el uso de un medio de comunicación para cometer alguno de los tipos penales mencionados, pero generalmente, son los medios de comunicación y en particular las redes sociales, medios utilizados para cometer frecuentemente este tipo de delitos, aprovechando su característica de “medio de masas” en los cuales se difunde cualidades o conductas que afectan el honor y la buena reputación de la persona humana.

Dicho ello, no concordamos con la posición del demandante cuando señala que:

“El que se pretenda despedirme del trabajo basándose en un medio de expresión o red social como es el Facebook sólo denota falta de consistencia y carencia de tipicidad de esta acusación en razón que en ninguna parte del mundo una acción de este tipo puede ser una “falta grave””.

Con esta afirmación el demandante da a entender que Facebook no sería un medio válido para considerar que las expresiones vertidas en dicha red social puedan atentar contra el honor de las personas; es más, dice en su demanda que:

Conforme a diversos pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, tanto nacionales como extranjeros, lo expresado en Facebook no es considerado un medio probatorio válido para justificar el despido de un empleado y por lo tanto la causal de despido no estaría probado ni acreditado.

Sin embargo, se falta a la verdad cuando se señala ello, ya que muy por el contrario, por ejemplo, en España, se ha podido observar un incremento de sentencias judiciales que se han emitido por delitos cometidos en redes sociales, incluyendo los delitos contra el honor, en ese sentido Silvia Prieto(2015), nos señala lo siguiente:

Sin lugar a dudas las redes sociales son una nueva vía para cometer determinados delitos. No sólo se ve cada vez más diversos casos de delitos cometidos a través de las redes sociales a los tribunales, sino que cada vez este tipo de casos se incrementa. Si en el año 2010 se

registraron 22 condenas, en el 2013 ese número se ha multiplicado... los delitos sobre los que dictaron más condenas fueron delitos contra el honor, la libertad e integridad moral... En la actualidad los tribunales españoles cuentan con herramientas suficientes en el ordenamiento jurídico para dar solución a los delitos cometidos a través de las redes sociales. (p. 9)

En ese mismo sentido, en el informe del profesor Eduardo Villanueva, de la facultad de Comunicaciones de la Universidad Católica, señala que:

Sin duda, existen en muchas personas la percepción de que los actos en Facebook no pueden ser juzgados bajo los mismos estándares morales que aquellos que ocurren en la vida social convencional, cara a cara. Esto no es reflejo de un razonamiento moral de aplicación universal, sino de las interpretaciones que cada persona puede darles a sus actos, para su propia conveniencia y gusto, y refleja más las carencias morales de un individuo ya que se omite la llamada “Regla de Oro”, tratar a los demás como te tratas a ti mismo. (E. Villanueva, comunicación persona, 20 de junio de 2013)

4.1.4 ¿Qué es el poder de dirección del empleador?

En las relaciones laborales el empleador cuenta con un poder de dirección definido por el Dr. Ricardo Santana (2021) como “facultades de diversa caracterización expresadas mediante actos y declaraciones jurídicas unilaterales” (p. 21). En ese mismo sentido, la Dra. Emma Rodríguez (2008) señala que:

El poder de dirección se manifiesta a través de una pluralidad de actos y comprende diversas facultades, además concreta los deberes del trabajador a través de órdenes singulares sobre la prestación de trabajo y las coordina para conseguir el fin económico – técnico de la empresa. En el desarrollo de este poder de dirección el trabajador ejerce sus labores de manera subordinada a cambio de una prestación, en el marco de las órdenes, reglamentos y demás que establezca el empleador con el fin de alcanzar sus objetivos. (p. 16)

Este “poder de dirección” permite al empleador no sólo dirigir la entidad sino también, le permite otras atribuciones, tales como: fiscalizar, controlar, supervisar o sancionar, con la finalidad de establecer un orden interno que permita el trabajo disciplinado dentro de la entidad.

Cabe señalar que el poder de dirección del empleador emana de uno de los elementos esenciales de la relación laboral, como lo es la subordinación.

La subordinación es una conexión jurídica entre el deudor y el acreedor de trabajo, por el cual el deudor le ofrece su trabajo al acreedor y le confiere el poder de direccionarla. Sujeción, por un lado, y dirección, por el otro, son dos características centrales del concepto... El poder de dirección que el empleador ostenta a consecuencia del contrato de trabajo se refleja en algunas atribuciones y se somete a algunos límites. (Neves, 1997, p. 36)

Evidentemente, este poder de dirección no es absoluto, como lo señala el Dr. Javier Neves, se somete a ciertos límites, de manera que se respeten los derechos fundamentales del trabajador en el desarrollo de la dirección del empleador. El profesor Javier Neves(1997) ha dividido en dos tipos los límites del poder de dirección del empleador, siendo estos:

El primer tipo de límite está referido a la labor para cuyo desarrollo se ha celebrado un contrato de trabajo, así como se ha definido el tiempo y el lugar en que debe prestarse. El trabajador no está a disposición del empleador para poder cumplir cualquier actividad, durante todo el día, todos los días y en el momento o lugar que a éste le parezca... El segundo tipo de límite engloba a los derechos fundamentales del trabajador, que el empleador está en la obligación de respetar. Los mandatos impartidos dentro del ámbito laboral no pueden vulnerar los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad, a la libertad y otro que corresponden al trabajador etc. (p. 38)

Entonces encontramos que estos límites también deberán ser considerados dentro de la facultad sancionadora o “poder disciplinario” el cual es, tal y como lo ha denominado la Dra. Emma Rodríguez(2008), “el conjunto de facultades que derivan del contrato y que posibilita al empresario a imponer sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones” (p. 16), específicamente nos referimos a la sanción del despido, el cual es la sanción más severa dentro de los tipos de sanciones que establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

4.1.5 ¿Cuáles son los supuestos de causa justa de despido?

El despido es un acto unilateral del empleador que está definida como una causal de extinción del contrato de trabajo en el artículo 16° literal g) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En la definición de Luis Valderrama (2020) el despido es “aquel acto unilateral del empleador, y con carácter recepticio, que tiene como fin extinguir la relación laboral” (p. 10).

Nuestra legislación también ha señalado en el artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que existen causas justas de despido relacionadas a la capacidad del trabajador:

- a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes

Por su parte, el artículo 24° de la misma norma señala cuáles son las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador tales como: “a) la comisión de falta grave; b) la condena penal por delito doloso; c) la inhabilitación del trabajador”

Por otro lado, con respecto a los tipos de despido, nuestra legislación según el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece expresamente dos tipos, señalando que:

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

En los casos de **despido nulo**, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38°

Adicional a ello, el Tribunal Constitucional ha establecido dos tipos más de despido las cuales ha desarrollado en su jurisprudencia, tales como:

a) **Despido Fraudulento**, definido en el Exp. N° 415-987-AA/TC como: El despedir al trabajador con ánimo de injusticia e impulsado por el engaño, por ende, forma alejada a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de alguna causal y lo parámetros procedimentales como sucede cuando se le imputa al trabajador hechos claramente falsos, imaginarios, no existentes así como también cuando se le imputa una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad.

b) **Despido incausado**, tratado en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC sobre la base de que “el despido incausado” se produce cuando se

despide a un trabajador, ya sea verbalmente o a través de un medio escrito, sin haberle expresado razón alguna derivada de su comportamiento o labor que lo justifique.

En los acápite posteriores nos centraremos en enmarcarnos en los dos primeros tipos de despido mencionados ya que como lo señala la demanda, se tiene como pretensión principal que se declare nulo el despido; asimismo, señala como pretensión subordinada el pago de indemnización por despido arbitrario. Recordemos que las causas sobre los que procede la nulidad de despido están regulados taxativamente en el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En el presente caso, el supuesto que el demandante alega es el de “afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales”.

4.1.6 Según la posición del bachiller ¿el demandante incurrió en falta grave laboral prevista en el artículo 25, literal a) y f), de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral?

Al haber desarrollado los diferentes derechos y conceptos, será más sencillo determinar si efectivamente se ha agraviado contra alguno de estos derechos y al hacer una ponderación de los mismos, saber si el empleado de RIPLEY incurrió en falta grave laboral prevista en la ley. Quisiéramos poder comenzar con los derechos sobre los que se apoya el demandante tales como son: a) libertad de expresión y b) libertad sindical.

En primer lugar, con respecto al derecho a la libertad de expresión, según el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, hemos señalado que se han de necesitar dos criterios para ponderar el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión tales como: a) la prohibición de insultos o expresiones vejatorias y b) la relevancia pública del sujeto. Es así que en el caso concreto podemos apreciar que el demandante comparte en su biografía de Facebook un fotomontaje del señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de la Empresa, acompañado por Natalia Málaga y “Melcochita” en la que todos llevaban puesta la camiseta de la selección peruana y en la que los personajes mencionados se dirigían al Director Ejecutivo con las siguientes frases ofensivas: Melcochita, “Son trabajadores, no colaboradores... desahuevate mierda”; Natalia Málaga, “Quítate esa camiseta ... Imbécil!!!!”, entonces, claramente podemos evidenciar que existen frases vejatorias en dicha publicación compartida por el demandante. Por tanto, podríamos señalar que no se cumple con el criterio señalado por el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116 y que no se estaría cumpliendo con los requisitos para ejercer su derecho a la libertad de expresión.

Por lo tanto, al haber incumplido uno de los criterios señalados por el Acuerdo Plenario consideramos que ya no se hace necesario evaluar los siguientes criterios tales como “relevancia pública” y/o aplicar el “test de ponderación”. Sin embargo, es importante mencionar que si bien es cierto hubieron ciertas publicaciones que no contenían palabras ofensivas y por el contrario, esbozaban una crítica hacia el probable incumplimiento de pago por parte de RIPLEY a sus trabajadores, estas podrían haber sido perfectamente aceptables dentro de un marco del pleno uso del derecho a la libertad de expresión ya que RIPLEY al ser una empresa reconocida a nivel nacional, sería considerada dicha noticia de relevancia pública al poner de manifiesto un acto que sería rechazable socialmente tal como lo es el incumplimiento del pago a sus trabajadores. Al respecto el Recurso de Nulidad N° 1695-2012 LIMA nos señala que:

El alcance justificante del derecho a la libertad de información se ve limitado si el ejercicio no se realiza a través de los conductos normales para informar a la opinión pública y asimismo cuando lo que se transmite no está referido a personajes públicos o hechos de interés general. La libertad de información aparecerá sin relevancia penal alguna cuando se utilicen expresiones insultantes, vejatorias o cuando lo que se transmita carezca de interés público, y por tanto, resulte innecesario a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa. Es así que, sin haber evaluado los alcances que puede tener el uso de la red social, consideramos entonces que ya se esboza que el derecho a la libertad de expresión del demandante no estaría siendo vulnerado; muy por el contrario, se estaría desnaturalizando el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, haciendo uso de publicaciones y palabras vejatorias.

Pero, tomando en cuenta el contexto en el que se desenvuelve el caso, habría que preguntarnos ¿Compartir una publicación o darle “me gusta”, en una red social, también puede configurar un acto que atente contra el derecho al honor?, recordemos que el demandante, en su demanda, le restó importancia a la red social como medio probatorio señalando que:

El que se pretenda despedirme del empleo recurriendo a un medio de expresión o red social, denota total inconsistencia y la carencia de tipicidad de esta acusación ya que en ninguna parte del mundo una acción de esta naturaleza puede considerarse como falta grave... según los uniformes pronunciamientos de los Tribunales de Justicia nacionales y extranjeros, estas expresiones en Facebook no son consideradas medio probatorio válido...

Como ya hemos determinado en párrafos anteriores, contrariamente a lo que señala el demandante, la red social Facebook sí es considerado un medio de comunicación mediante el cual se podría cometer injuria o delitos contra el honor ya que tiene hasta un mayor rango de alcance de público

que un medio televisivo. Por lo tanto, con respecto a los hechos, la acción del demandante de haber compartido una imagen significa **difundir** un pensamiento que está dentro de lo que se denomina libertad de expresión y consecuentemente, “compartir” es una vía de hecho que tipifica el delito de injuria, según la misma norma penal. Con respecto al botón de “me gusta”, quien mejor que la propia red social para describir esta acción, ante lo cual señala en su área de “*soporte y ayuda*” que “darle click en “me gusta” debajo de una publicación en Facebook es una forma de indicarles a las personas que la publicación te agrada sin tener que dejar un comentario. Al igual que con un comentario, cualquier persona que pueda ver la publicación también podrá ver que te gustó”; por lo que podemos inferir que la acción de pulsar dicha opción no es un acto insignificante ni inocuo, sino por el contrario, permite dar a conocer a los demás que dicho contenido te agrada, manifestando tu conformidad, no sólo ante ti sino también ante otros usuarios que puedan ver dicha publicación, lo que tendría como consecuencia que con un “me gusta” podríamos alcanzar a injuriar a alguna persona. Reforzando ello, se ha hecho un estudio realizado por la revista PNAS, de la Universidad de Cambridge(2013) en la que participaron 58,000 miembros de Facebook se reveló que “con la acción “me gusta” las personas revelan más información de la que les gustaría, pudiéndose concluir con sorprendente exactitud la orientación sexual, edad, preferencias políticas...” Consideramos también que la idea de que se configure la injuria por omisión impropia sería válida, al haber permitido frases injuriantes en su perfil de Facebook contra los trabajadores de la empresa, pero esto será materia de análisis más adelante.

En segundo lugar, el demandado también hace alusión al derecho a la libertad sindical; y, considerando lo mencionado por el jurista Jorge Toyama(2015) quien señala que: “la libertad sindical es el derecho de los trabajadores a asociarse con libertad para poder ejercer sus derechos frente al empleador, es la garantía por excelencia que tienen los trabajadores para la tutela de sus derechos” (p. 2), analizaremos según esta definición y según las dos dimensiones que ha establecido la doctrina, si efectivamente se ha vulnerado el derecho a su libertad sindical del demandante.

Se ha demandado la nulidad del despido por haber sido despedido como represalia, por su condición de Secretario de Defensa del Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley, por haber realizado intensa actividad sindical en defensa de los derechos de sus representados, por ejercer el cargo de Representante de los trabajadores de Tiendas por Departamento Ripley S.A ante el Comité de Seguridad y por haber formulado junto a sus compañeros de trabajo, a través del Sindicato, varias denuncias por Violación de Disposiciones Socio Laborales por prácticas antisindicales, denuncia que dio lugar a requerimientos emitidos por la Autoridad Inspectiva de Trabajo. Asimismo, el demandante señala que el despido es

nulo porque se hace en contra del Secretario de Defensa del SUTRAGRISA y Miembro del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo que tiene amparo y protección entre otros contra el despido incausado conforme el artículo 32° de la Ley 29783; además, es nulo a tenor del artículo 29, inciso c) del D.S 003-97-TR el cual señala: “Es nulo el despido que tenga por motivo: c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25”.

Con respecto a la dimensión individual del derecho a la libertad sindical, no se encuentra en la demanda ni en el expediente algún hecho que pueda corroborar que se le ha denegado al demandando la posibilidad de afiliarse o no afiliarse al sindicato; por el contrario, él ha señalado pertenecer a los dirigentes sindicales, como representante de los trabajadores sindicalizados; por tanto, sí se había podido formar un grupo sindical y el demandante sí había podido acceder a formar parte de este, cumpliéndose así la dimensión individual del derecho a la libertad sindical.

Por otro lado, con respecto a la dimensión colectiva, este señala el derecho a que los sindicatos se constituyan y funcionen con libertad. No queda duda que su constitución fue realizada, denominándose SUTRAGRISA (Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley), pero vayamos ahora a su libre funcionamiento, y es aquí donde el demandante señala que no se estaría respetando el derecho a la libertad sindical ya que la empresa vendría realizando actos antisindicales tales como: actos de hostilización, sanciones y hasta despidos. Sin embargo, en el caso concreto, según la empresa RIPLEY el despido no deviene en razón de actividades sindicales realizadas por el demandante; sino habría sido despedido por haber cometido faltas graves contempladas en los incisos a) y f) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral(1997) que señala:

Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y **la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo** o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad... f) Los actos de violencia, grave indisciplina, **injuria y faltamiento de palabra verbal** o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral...(el resaltado es nuestro)

En cuando a la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo, el demandante señala en su demanda lo siguiente

se me acusa de supuestamente no haber observado el artículo 74° de un Reglamento Interno de Trabajo(RIT), sin haber acreditado dichas acusaciones como era obligatorio de acuerdo a los que dispone el artículo 31° de la ley sustantiva y pretendiendo aplicarme un RIT que yo nunca recepcioné ni se me hizo entrega de acuerdo a ley

sin embargo, en la contestación de demanda, la empresa RIPLEY demuestra que el demandante falta a la verdad; ya que, según señala:

Es absurdo que el señor Cornejo Alvarado afirme que no conocía el RIT de Ripley. Recordemos que se trata de un dirigente de sindical con caso... Cabe anotar que la carta notarial de pre aviso vino acompañada de una copia legalizada de la Declaración Jurada de Conocimiento del RIT, de fecha 23 de julio de 2007, debidamente firmada por el señor Cornejo Alvarado

Es así como se presenta entre los anexos de contestación de la demanda (folio 353), el registro de entregables con la firma del demandante en el que se deja constancia de haber recibido del empleador un ejemplar del Reglamento Interno de Trabajo, de fecha 23 de Julio de 2007. Por lo tanto, se puede evidenciar que el demandante falta a la verdad cuando señala hechos que a la luz de las pruebas presentadas, devienen en falsos.

Ahora veamos, ¿Qué señala el artículo 74° del Reglamento Interno de Trabajo de RIPLEY? Este dice lo siguiente:

Es obligación de todos los empleados tratar con respeto y cortesía a sus superiores, compañeros de trabajo y al público en general, en consecuencia, está prohibido cualquier tipo de trato que implique una falta de respeto o algún acto de naturaleza similar o análoga, que puedan menoscabar la buena imagen de RIPLEY

Entonces, queda claro que la publicación compartida, al tener un contenido con palabras vejatorias y denigrantes por parte del demandante, en su publicación de Facebook, hacia el Director Ejecutivo de RIPLEY, se estaría trasgrediendo el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa RIPLEY por lo que su despido estaría justificado y por tanto, dicha sanción no se debería a un recorte del derecho a la libertad sindical por parte del demandado; y, conforme al artículo 23°, numeral 23.4 de la Nueva Ley Procesal Del Trabajo, que establece que corresponde al empleador la carga de la prueba sobre "c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido", el empleador ha demostrado que efectivamente ha habido un *incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral*, obligaciones prescritas en el capítulo VII del Reglamento Interno de Trabajo.

Habiendo justificado entonces su despido, desde la concepción de estos derechos constitucionales tales como libertad de expresión y libertad sindical, por inobservancia al Reglamento Interno de RIPLEY, ahora procederemos analizar si fue correcto dicho despido teniendo en cuenta que las faltas graves laborales prescritas en el artículo 25°, literal f) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral son acciones que tienen como consecuencia que la relación laboral que no pueda seguir continuando por faltas cometidas por el trabajador. En palabras de Mario Pasco (1985), ello sería:

El incumplimiento de contrato que se impute al trabajador, de tal forma que no permita la continuidad de la relación laboral; esto es, que se lesione irreversiblemente el vínculo laboral, producida de manera dolosa o culposa por parte del trabajador, que haga imposible o indeseable la subsistencia de la relación laboral y que posibilite al empleador a finalizar sin que sea necesario un preaviso ni alguna obligación de pago de indemnización por despido. (p. 269)

Entonces, podemos señalar que una de las características de las faltas graves es que deviene en “irremediable”. Por lo tanto, en el caso concreto analizaremos si el considerando que se le imputa al demandante como es haber cometido actos de injuria frente a los directivos de RIPLEY, cumple con esta característica.

Entre los actos que se hace alusión en dicha causal de despido se encuentra, en primer lugar, haber publicado en su perfil de Facebook una fotografía del señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de RIPLEY, y la señora Patricia Subauste, Gerente de Recursos Humanos de RIPLEY, a la que agregó la siguiente frase “Oye Norberto y si en vez de decir crecer, crecer, crecer(...) mejor decimos hay que pagar, pagar, pagar. En vista de ello el usuario Williams Guerra comentó “ese rcsm!!! cómo no lo deportan por basura!!!!”

El mismo lunes 08 de abril de 2013, el demandante compartió en su perfil de Facebook un fotomontaje del señor Rossi, acompañado por Natalia Málaga y el artista “Melcochita”, en el que todos los personajes se dirigían al señor Rossi diciendo: “ *No son colaboradores, son trabajadores... desahuevate mierda!!!*”, “*Quítate esa camiseta... IMBECIL!!!!*”.

Por otro lado, el martes 09 de Abril de 2013, el señor Cornejo Alvarado publicó en su perfil de Facebook una fotografía de una mano que sostiene una tarjeta con la descripción de “INCOMPETENTE” en mayúscula. Ello ocasionó las siguientes reacciones de algunos usuarios de la red social, tales como:

De seguro se perdió en el área de Relaciones Laborales, sin contar que todas las gerencias deben tenerla...” “Déjalo a cualquier secretaria que ellas se las van a entregar a sus gerentes, porque ahí

es donde corresponde” “incompetentes amaestrados, cuando pasen cerca de un supervisor nuevo digan... a ver hazte el muertito, verás lo que pasa” “Si, mucho se demoran esas mierdas... me llega un par de incompetentes... En plaza norte hay varios incompetentes en sus cargos de supuestos supervisores.

Cabe ahora preguntarnos, si estas publicaciones en la red social o las reacciones a los comentarios, configurarían de “irrazonable” la posibilidad de la subsistencia de una relación laboral como la venía teniendo el demandante, a tenor de lo que señala el artículo 25° de la LPCL. Para ello, será importante apoyarnos en la sentencia de vista de fecha 13 de noviembre del 2019, emitida por la Octava Sala Laboral Permanente de Lima (2011), con respecto al expediente N° 08615-2018-0-1801-JR-LA, la cual nos señala que “para solucionar conflictos de principios constitucionales y dirigir al juez hacia una decisión imparcial y justa, se habría de realizar la aplicación del principio de razonabilidad en la valoración que realice el juzgador” (p. 263)

Es decir, se ha de llevar a cabo un razonamiento en el que se considere que tanto el trabajador como el empleador tienen el deber de ejercer sus obligaciones y derechos según la lógica del sentido común sin recurrir a acciones abusivas. Entonces se ha de considerar no sólo la acción del demandante que se imputa como causal de despido, sino también, la gravedad del supuesto de hecho, el contexto en el que se da dicho acto y el nivel de lesividad que signifique hacer irrazonable la continuidad de una relación laboral.

Al respecto, la sentencia de vista referida, señala los tres considerandos que señala la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en sus artículos 31° y 32°, y que regula el formal procedimiento que debe respetar todo empleador cuando alguno de sus trabajadores comete alguna falta grave, estos son: 1) la concreta posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa 2) observancia del principio de inmediatez; y finalmente, 3) la motivación de la falta grave en cuestión. En el caso concreto, se puede colegir que se ha desarrollado todo este procedimiento formal, ya que el demandante ha tenido la posibilidad de defensa frente a la carta notarial enviada por la empresa; asimismo, se ha cumplido con el principio de inmediatez ya que existe una proximidad entre la fecha de la publicación en Facebook de las imágenes cuestionadas y la carta notarial de pre aviso emitida por la empresa; finalmente, existe una motivación de la causal del despido, desarrollada por la empresa al imputarse al demandante la comisión de una falta grave.

Asimismo, la sentencia de vista referida hace mención a tres elementos requeridos para la configuración de una infracción del trabajador que se considere como falta grave laboral y estos son:

1) La infracción de los deberes esenciales del trabajador, 2) La gravedad de la falta del trabajador y finalmente, 3) la legitimidad de la imposición de la sanción apreciada en base a la causa alegada y a la existencia de una prueba que justifique la misma. (Corte Superior de Justicia de Lima, 2019, p.10)

En el caso concreto, se puede apreciar que existe una infracción del deber esencial de respeto, acción de injuria no sólo con los superiores sino con las personas en general. No hay duda de que las imágenes publicadas tienen un contenido ofensivo, más aún si el demandante ha valorado dichas expresiones como “*insultos*” en una publicación de Twitter, señalando que “ninguno de esos **insultos** que Ripley pone en su comunicado son míos, ¿porque me despiden?”. Con respecto a la gravedad de los hechos, se configuraría como falta grave al tener las publicaciones un contenido vejatorio, denigrante contra la empresa y específicamente contra el director ejecutivo de Ripley al usar frases y palabras como “*desahuevate mierda*”, “*imbécil*” e “*incompetente*”.

Para la realización del presente informe, realizamos una entrevista al Dr. Jorge Toyama, destacado abogado laboralista, quien nos señaló que en el derecho laboral lo más interesante no es identificar si hay una falta laboral o una conducta, el problema es que frente a esta falta qué sanciones se deberían aplicar, entonces se aplica el “principio de gradualidad”, al tener como categorías faltas graves, faltas a secas y faltas leves, pero para ello se deberá evaluar el contexto del hecho y diversos factores para determinar la gravedad como pueden ser el perjuicio de la empresa, el dolo o culpa, el puesto de trabajo del empleado, la experiencia que tuvo en la empresa. Así como en el derecho penal, en el derecho laboral también existen una serie de agravantes.

Consideramos entonces que, en el caso concreto, sí hay una falta de respeto *grave*, una acción de injuria que devendría en irrazonable la continuación de la relación laboral ya que, por ejemplo, al expresarse con frases como “*rasm*” hacia sus directivos, le estarían diciendo una mentira que agrade a la madre del agraviado. No se puede pretender decir que es un simple acrónimo. Además, se agrava aún más el hecho cuando vemos que es un insulto a través de la red social Facebook que posee un alcance público que ha generado la interacción con diversas personas.

Finalmente, con respecto a la legitimidad de la interposición de la sanción, la ley establece que ante una falta grave como la injuria, cabe el despido. En este punto es importante hacer mención a la sentencia de casación laboral N° 4400-2017 LIMA que señala que “las sanciones por acciones de indisciplina debido a su perjudicial naturaleza sobre intereses subjetivos de las personas deben de ejecutarse después de que dicha ocurrencia haya sido acreditada de manera objetiva, es decir expresa e inequívocamente” (Corte Suprema de Justicia, 2019, p. 10) ; es decir, la sentencia exige que

en un caso de despido laboral por injuria, haya que tener en cuenta el contexto del hecho y se haya hecho mención a la persona injuriada, o a la empresa en específico, lo cual en el caso concreto, sí se cumple, ya que se ha cometido la injuria a través de una red social pública y mostrando los rostros de los directivos de manera inequívoca.

Por lo tanto, hasta aquí, nuestra posición es firme, el demandante sí incurrió en faltas graves laborales prevista en el artículo 25, literal a) y f) de la ley y Productividad Laboral, haciendo nada razonable la subsistencia de la relación laboral, al haber cometido injuria, frente a los directivos de RIPLEY, violando su derecho al honor tanto el de los directivos como el de la empresa y haber inobservado su Reglamento Interno de Trabajo. Derecho a honor que, según lo desarrollado ampliamente en líneas anteriores, al poseer como núcleo la dignidad de la persona humana y significar el derecho al respeto, este se habría vulnerado mediante insultos a través de la red social Facebook en el cual, efectivamente el demandante comparte y publica contenido con frases vejatorias contra el Director Ejecutivo de la empresa RIPLEY, atentando de esta forma contra la dignidad del personal directivo de RIPLEY. Dicho acto entonces estaría enmarcado dentro de las faltas graves señaladas en el artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (1997), literal f), el cual se señala como falta grave laboral

Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral...

Es así que el acto del demandante calificaría como injuria por el simple hecho de contener frases ofensivas y siguiendo la definición de la Real Academia Española (2005) como “la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”, atentaría contra el derecho al honor de los directivos de RIPLEY. (p. 524)

Asimismo, queremos acotar que el demandado ha mencionado respecto a la imagen y el honor de la persona jurídica, que según las imágenes adjuntadas por el mismo sobre las publicaciones y el actuar del demandante, se habría atentado contra la imagen y la buena reputación de la empresa RIPLEY. Consideramos que sí, ya que se le ha señalado como una empresa deudora, sin hacer referencia a alguna deuda en específico o bajo qué concepto se adeudaría y a su vez, se ha dejado entrever que la empresa contaría con personal incompetente. Consideramos sobre este punto que sí se habría agraviado a la empresa RIPLEY, causándole un perjuicio a su buena reputación e imagen basándonos en lo establecido en el Recurso de Nulidad N°1695-2012 LIMA que señala:

Después que las personas jurídicas son creadas en base a la ley, adquieren su propia personalidad jurídica, que se diferencia de las personas naturales que la conforman. En ese sentido, desarrollan sus actividades enfocadas al logro de sus objetivos, por lo que es justificable ser titulares del derecho al honor. No es posible que se permita ofender a una persona física ni tampoco a una persona jurídica. Una persona jurídica sobre la que su buena fama, su prestigio o su reputación se vea vulnerada, tiene, sin lugar a duda, derecho de acción para su protección...

4.2 ¿El demandante incurrió en responsabilidad penal?

4.2.1 ¿Cómo se configura el delito de injuria?

El delito de injuria está tipificado en el artículo 130° del Código Penal (1991) el cual señala que “El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos, vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa” (p. 38). Para poder explicar su tipicidad objetiva, subjetiva y demás, hemos tomado como referencia la tesis del fiscal superior Alonso Peña Cabrera (2008), quien señala, en cuanto a su tipicidad objetiva, que

La acción injuriosa, puede darse a través de palabras, gestos o vías de hecho, esta supone, expresarse con términos ofensivos, en específico, insultos que lesionen el decoro de la persona, su posición social. Expresarse o ejecutar una acción que contenga juicios de valor que afecten negativamente la posición del ser humano y su desarrollo en sus relaciones sociales. (p. 67)

En este punto, queremos hacer referencia a un análisis realizado por la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (2018) sobre este delito en el que señala que: “La configuración del supuesto infractor es controversial y poco práctica. En primer lugar, porque este supuesto de hecho no se desprende de la misma tipificación que ha recibido en la legislación. Esta imprecisión genera impredecibilidad” (p. 18). Al respecto, estamos de acuerdo con ello, ya que es bastante subjetivo lo que nos propone el código en la tipificación de este delito ya que no señala bajo qué circunstancias o qué modo se cometería injuria hacia otra persona. No es extraño que algunos autores hayan propuesto hasta una derogación de dicho artículo penal tal como lo ha señalado el jurista Walter Palomino (2011):

El delito de injuria debería ser derogado, ya que su configuración da lugar a muchos inconvenientes al momento de su aplicación... partiendo de una interpretación literal de este delito tendría como

consecuencia la penalización de todas las expresiones injuriantes que las personas se intercambien diaria y cotidianamente, unas a otras, olvidando los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal. (p. 8)

No cabe duda que la descripción del tipo penal es incompleta y por lo tanto no puede desprenderse de sí misma una interpretación objetiva que describa el comportamiento del sujeto activo y a la vez respete el principio de "intervención mínima" del derecho penal ya que deja una interpretación abierta a la posibilidad de que ante cualquier discusión o intercambio de palabras, tenga que intervenir el derecho penal. En el derecho comparado, tenemos el caso del Código Penal Español, el cual, frente a las críticas de los juristas sobre el mismo problema, establecieron en el artículo 208 del Código Penal Español(1995) la tipificación del delito de injuria como:

Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves...

Como se puede apreciar, en dicho tipo penal se esboza una referencia a la gravedad de la conducta para salvaguardar la crítica a la que ha hecho frente. La calificación de grave o leve podría ser una observación que seguramente muchos juristas también contemplan. Al respecto, la jurista Concepción Carmona (2012) señala que:

El artículo 208.2º subordina la configuración delictiva de las injurias al criterio cuantitativo de su gravedad, el cual, a su vez, debe concretarse en función de lo que en el concepto público se entienda por grave, atendiendo para ello a la naturaleza, efectos y circunstancias en las que hayan sido proferidas; determinación legal expresamente adoptada ante la enorme carga de relativismo y discrecionalidad valorativa que las caracteriza y que se plasma en un elemento normativo del tipo cuya concreción corresponde al juez en cada caso particular, aunque tenga para ello que guiarse por las pautas sociales. (p. 137)

Por otro lado, con respecto a la tipicidad subjetiva, Juan Portocarrero (2006) nos señala que:

El delito de injuria es netamente doloso, no cabe la admisión de su forma culposa... quien realiza una acción con el objetivo de deshonrar a una persona, lo hace con dolo directo; si lo realiza sabiendo previamente que su conducta ha de deshonrarle, actúa con dolo indirecto; y si tiene conocimiento de la probabilidad del agravio, actuará con dolo eventual, lo que significa que en la injuria se admite las tres clases de dolo. (p. 6)

Por lo tanto, el delito de injuria es una conducta dolosa y no cabría la comisión por culpa. El sujeto activo habrá de actuar siendo consciente que las expresiones que profiere serán ofensivas para el honor del sujeto pasivo sobre el que recae la ofensa. Por otro lado, con respecto al sujeto activo y pasivo del tipo penal del mismo texto normativo se desprende que, este es: cualquier persona natural o jurídica. Finalmente, con respecto a la consumación, esta se perfeccionará cuando el sujeto pasivo escucha, observa aquellos términos, gestos o vías de hecho que vulneran su honor, no simplemente con la sola exteriorización de expresiones ultrajantes.

La ley tiene como exigencia la materialización de una ofensa o de un ultraje... aquella exigencia no está referida a una posibilidad, sino más bien, a una realidad, de donde resulta que para el ordenamiento jurídico peruano la injuria no se define como un delito formal sino material, que exige un resultado, un daño efectivo, eso es, que se produzca la ofensa o el ultraje” (Portocarrero, 2006, p. 5)

4.2.2 ¿Cuál es la relación que existe entre la “injuria” como falta grave laboral e “injuria” como delito?

Queremos mencionar que para el desarrollo del presente informe hemos realizado una entrevista al Dr. Jorge Tomaya, especialista en derecho laboral, quien nos señaló que las faltas laborales pueden o no coincidir con un delito penal. Por ejemplo, hurtar un lápiz en un centro laboral puede ser causal de despido al ser falta grave porque se traiciona la confianza, pero si intentamos interponer una denuncia por ese hecho, no necesariamente se conseguiría una sanción penal por ese mismo hurto. Lo penal tiene una tutela mayor, se tutela intereses públicos, mientras que en lo laboral se tutela intereses individuales.

Dicha premisa coincide con la del profesor en derecho penal Ferrando Mantovani (2015) cuando señala que:

El Derecho Penal pertenece al derecho público, puesto que públicas son la tutela penal, que opera independientemente de la voluntad de los portadores de los intereses protegidos, y la potestad punitiva, siendo ella indisponible por parte de los órganos encargados en el ejercicio de la misma. (p. 13)

mientras que el derecho laboral es la rama del derecho que tutela intereses individuales en el centro de trabajo regulando las relaciones jurídicas entre empleado y empleador.

Dicho esto, consideramos que **son dos ramas distintas**, pero que sin embargo, como en el presente caso, en el desarrollo de sus artículos se han utilizado los mismos términos para tipificar una misma conducta, como es el caso de la injuria.

A tenor de lo señalado anteriormente, al ser dos ramas distintas del derecho, de acuerdo al principio de intervención mínima o de "*ultima ratio*", el derecho penal sólo deberá intervenir en última instancia, cuando haya fracasado otra forma de intervención de la ley y ello debido a que la pena es una sanción irremediable.

Si bien es cierto que las penas son distintas cuando uno comete injuria, reafirmando lo señalado por el Dr. Toyama, se posiciona al derecho penal como el derecho que marca la definición de dichos conceptos al tener una mayor tutela y al representar intereses públicos.

En el presente caso, se ha desarrollado la injuria como falta grave laboral, teniendo en cuenta la tipificación del delito de injuria desarrollado en el artículo 130° del Código Penal. Si bien es cierto, la persona agraviada no ha accionado penalmente frente al victimario, ello no significa que dicha conducta no pueda tener repercusiones en el ámbito laboral, teniendo legitimidad para obrar tanto los directivos de la empresa y la empresa RIPLEY; ello, queda reforzado en la imposibilidad que se pueda hacer una analogía de ambas normas ya que no tienen la misma consecuencia al ser ramas distintas del derecho con protección de distintos intereses. "La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho diferente de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia" (Rubio, 2011, p. 263)

4.2.3 ¿Se configuraría algún delito contra el honor cuando realizamos un acto omisivo (deber de garante)?

Veamos, ¿qué es lo que entiende por posición de garante?

La posición de garante es el lugar que ocupa el agente en la sociedad y la activación de un deber determinado conforme al contexto de interacción, el cual lo obliga tanto a "hacer" como "omitir" conductas que eviten el resultado lesivo. Entonces la posición de garante no se configura exclusivamente cuando el agente este obligado a "hacer" una determinada conducta y será responsable por su omisión, sino porque su ubicación lo obliga tanto actuar como omitir comportamientos que eviten el resultado, pues el derecho penal no atiende a si el resultado ocurrió a consecuencia de un hacer o una omisión, sino por infracción del deber. (Valdez, 2018, p. 3)

Otro autor nos señala que:

Para poder fundamentar la punibilidad de los delitos de comisión por omisión, sólo puede ser autor de este tipo de delitos quien esté en la posición de garante, es decir, quien este jurídicamente obligado a la

evitación del resultado, siendo condición necesaria la existencia de un deber jurídico de responder por la no- producción del resultado. (Perdomo, 2001, p. 19)

Entonces, podemos afirmar que “posición de garante” es la persona que por su vinculación con el bien jurídico se encuentra obligado a la tutela adecuada del mismo, generado por la posición o estatus particular del sujeto. Siendo ello así, podemos señalar que en el caso concreto, existe una posición de garante frente a una cuenta personal de Facebook, resguardando el bien jurídico protegido como lo es: el honor de las personas. Podemos evidenciar de las publicaciones y de lo manifestado por las partes que el demandante tiene, en todo momento, el control sobre su cuenta personal, es decir, hay una permisividad sobre las publicaciones que se comparte en el muro de su cuenta personal; a pesar de que el contenido haya sido creado por terceros.

Aunado a ello, el profesor Ivan Meini (2013) con respecto a la responsabilidad de terceros en relación a acciones u omisiones que lesionen el derecho al honor, nos señala que:

En los delitos contra el honor, el deber de garante consiste en evitar que aquellas personas que están bajo el control de uno lesionen el honor de un tercero. La posición de garante más conocida en el ámbito de los delitos contra el honor es la que recae en el director o responsable del medio de comunicación, ya que no evitó que el medio de comunicación del cual es responsable sea utilizado para delinquir por una persona sometida a su control. En la medida en que cada muro en Facebook tiene un administrador (responsable), es esa persona quien tiene el deber de usar dicho medio de comunicación social sin que se lesione el honor de terceros. El deber de usar lícitamente el Facebook conlleva que el control que tiene que desplegar el administrador para evitar lesionar el honor de terceros, recaiga no sólo en los comentarios, ideas o imágenes que él incorpora a su muro, sino también en aquellos comentarios, ideas o imágenes que otras personas incorporan en su muro. El primer caso sería un comportamiento activo, y el segundo sería un comportamiento omisivo. En este último caso, la responsabilidad penal recaería tanto en el autor del comentario (por comportamiento activo) como en el administrador del muro (por omisión). (p. 19)

En el caso concreto, uno de los argumentos usados por la parte demandante es que las publicaciones realizadas en la red social Facebook no fueron realizadas por él, sino más bien por terceras personas. Sin embargo, estuvieron en el muro del demandante al haberlas “compartido” en su perfil, por lo tanto, dio conformidad para ello y hasta estuvo de acuerdo con su contenido, interactuando con dichas publicaciones mediante un “me gusta”. Y, de acuerdo a lo señalado anteriormente,

“compartir” una publicación es una acción que realiza el demandante y que configura el supuesto de hecho tipificado en la norma. Mostrando también estar conforme con el contenido, con las reacciones de “me gusta” en las fotografías y comentarios publicados.

Entonces, será necesario mantener un “deber de cuidado” frente a una cuenta personal de Facebook con el fin de no permitir que se lesionen derechos fundamentales tales como el derecho al honor y a la buena reputación ya que, según la doctrina, sí se pueden cometer delitos contra el honor mediante actos omisivos. En términos jurídicos, tendrá un “deber de garante” quien ha aceptado los términos de uso de la red social teniendo en cuenta que esta es una “fuente de riesgo” para bienes jurídicos y, por lo tanto, todo el contenido publicado en su cuenta, es de responsabilidad propia del titular de la misma.

4.2.4 Según la posición del bachiller ¿El demandante incurrió en responsabilidad penal por los comentarios realizados en Facebook?

El delito de injuria, tal y como está tipificado en el Código Penal, es un delito que requiere el llamado “animus injuriandi” o “animus difamandi” como elemento subjetivo

El animus injuriandi es el propósito de injuriar utilizando expresiones deshonorosas que implican menosprecio o descrédito de una persona, también se trata del específico de la injuria, es un elemento característico en los delitos contra el honor, pues si no hay este elemento no hay delito (Valderrama, 2021)

A pesar que este requisito ha sido bastante criticado, ya que dicho *animus injuriandi* conlleva a una valoración bastante difícil de probar y de valorar, tal como lo señala la jurista Concepción Carmona (2012) cuando señala que:

Requerir a toda costa este peculiar animus es improcedente ya que la prueba de su existencia conlleva la adopción judicial de criterios formales, basados en la pura presunción a partir de elementos objetivos de la injuria o calumnia, como son el modo, la ocasión y las circunstancias de su comisión criterios muy próximos a la responsabilidad cuasi-objetiva, que contribuyen, además, a invertir la carga de la prueba, pudiendo en definitiva llegar a vulnerar el principio de presunción de inocencia. (p. 70)

Consideramos que en el presente caso, se hace más sencillo probar la comisión de dicho delito, ya que este fue realizado a través de una red social en el cual, según los hechos, se perennizó dichas frases vejatorias en el muro del demandante; asimismo, se mostró conformidad con dicho contenido al pulsar la opción “me gusta”

Por otro lado, con respecto a la gravedad del hecho, no hay duda que las frases ofensivas, ultrajante que lesionen el honor y se publiquen o compartan, con dicho elemento subjetivo, con actos comisivos u omisivos, en el muro de alguna persona van a llegar no sólo a cometer el delito de injuria, sino, de acuerdo el tipo penal, cabría en el delito de difamación, al ser Facebook un medio de comunicación masivo sobre el cual muchas personas tienen acceso al contenido que se vierta en ese espacio por los usuarios. Y en el caso concreto, estaríamos frente a un delito de difamación, teniendo en cuenta el uso de la red social como medio de comunicación utilizado en la publicación injurante, y si se ha configurado el delito de difamación, necesariamente se habría cometido el delito de injuria, basándonos en la analogía “*ab maioris ad minus*” desarrollada por el profesor Marcial Rubio (2011) quien señala que: “quien puede lo más puede lo menos. Esta es una variación del argumento a fortiori fundado en la mayor fuerza que tiene, para quien esta investido de la atribución de hacer lo mayor, poder hacer lo menor” (p.27)

Asimismo, “Meta”, empresa matriz que dirige Facebook, ha establecido una serie de lineamientos con respecto al uso de esta red social denominada “Condiciones de Servicio” en donde en el numeral 3 sobre “Límites de responsabilidad”, establece lo siguiente:

No asumimos responsabilidad por ninguna garantía, sea explícita o implícita, incluidas las garantías implícitas de comerciabilidad... No tenemos el control ni influencia sobre lo que las personas hacen o dicen. Asimismo, no somos responsables de sus comportamientos o acciones, ya sea dentro o fuera del internet, ni del contenido que comparten, incluido aquel que pueda resultar ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o cuestionable. (el subrayado es nuestro) (Red Social Meta, 2022)

Por lo tanto, Meta hace responsable al usuario titular de la cuenta de Facebook por el mal uso que este pueda darle, no sólo por publicaciones redactadas por el usuario mismo, sino también por publicaciones compartidas, redactadas por terceros; en este caso, violando derechos como el honor y la buena reputación de la persona. Cada usuario es responsable del contenido que se vierta en las redes sociales. Para ello Facebook ha previsto una normativa de uso que ya citamos anteriormente; y a la vez, ha previsto las medidas de seguridad pertinentes para que las cuentas puedan ser de uso personal y no sean susceptibles de ser vulneradas por extraños. Por lo tanto, Facebook demanda un uso diligente de la cuenta personal ya que de comprobarse que no fue así, sería el responsable sobre las afectaciones que se puedan generar por el mal uso de la misma, salvo que pueda demostrar lo contrario, es decir que se demuestre fehacientemente que una tercera persona realizó las publicaciones o es el tercero, el único responsable de los daños que se generen a través de la red social.

Por lo tanto, consideramos que el demandante sí es responsable penalmente por las publicaciones realizadas por un tercero en tanto que tenía una posición de garante frente al bien jurídico que habría que resguardar el cual es **“el honor”** de las personas; sin embargo, permitió que dichas frases ofensivas estén en su muro sin posibilidad de que pueda deslindar responsabilidad ya que tuvo el control, todo el tiempo, sobre el contenido de la publicación y su difusión.

4.3 ¿Se ha respetado el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva en el caso concreto?

4.3.1 ¿Se ha vulnerado el derecho a probar, dejando de lado los medios probatorios ofrecidos en la audiencia de juzgamiento?

Nuestra Constitución Política del Perú (1993) en su artículo 139, numeral 3, se señala que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. Y es así como el derecho a probar es parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En esta parte del informe, veremos cuál es el contenido esencial del derecho a probar para poder determinar si se ha vulnerado o no este derecho en el caso concreto. La tutela jurisdiccional no tendría razón de denominarse así, si es que no se permite a las partes aportar medios probatorios que sustenten su posición frente al juzgador. Entonces llega el derecho a probar como un derecho muy importante en nuestro sistema de justicia, que no es absoluto, sino limitado con la finalidad de salvaguardar el debido proceso.

Reynaldo Bustamante (1997) señala que: “El derecho a probar tiene como contenido esencial el derecho a que se **admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados para ello**, conforme a los principios que lo inspiran y lo delimita”(p. 185). Asimismo, la jurista Beatriz Franciskovic, señala que:

Con respecto al contenido del derecho a la prueba, es importante precisar que este derecho comprende cuatro derechos: i) El derecho a ofrecer los medios probatorios; ii) El derecho a que se admitan o rechacen los medios probatorios con una decisión debidamente motivada o fundamentada; iii) derecho a que se actúen debidamente en la audiencia respectiva y; iv) el derecho a que sean debidamente valoradas con la expedición de la sentencia. (p. 4)

Entonces, podemos señalar que la doctrina es unánime al señalar cual es el contenido del derecho a probar, por lo tanto, ahora queda analizar cada uno de los derechos que ello involucra como son: admitir, actuar y valorar los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales. En primer

lugar, el derecho a que se admitan los medios probatorios implica que el juez admita estos, en conformidad con todos los principios procesales que conlleva.

Por otro lado, tenemos el derecho a que se actúe los medios probatorios el cual se desarrolla en el sentido que el juez deberá actuar los medios admitidos, como por ejemplo una declaración de parte o una inspección judicial. La actuación de estos medios probatorios se deberá realizar bajo el respeto del principio de inmediación (el juez se deberá hallar en constante vinculación con las partes y los elementos que intervienen en el proceso); el principio de contradicción (el sujeto deberá tener la oportunidad de contradecir algún determinado medio probatorio); finalmente, el principio de comunidad (los medios probatorios pertenecen al proceso y no a quien los aporta, con la finalidad de que estos medios no sólo beneficie al que los aporta, sino al proceso, con el fin de llegar a comprobar los hechos).

Finalmente, se encuentra el derecho a que se valoren los medios probatorios, el cual es el proceso complejo en el que el juez interpreta y valora los medios probatorios, emitiendo juicios de valor en base al conocimiento y la experiencia. Este derecho tiene como principio el de unidad material probatoria (los medios aportados deben ser valorados por el juez en forma conjunta). Dicho ello, podemos inferir que el derecho a probar está limitado por principios que salvaguardan el debido proceso; sin embargo, estas limitaciones del derecho a probar no pueden ser un obstáculo de manera que se termine vulnerando el derecho a ofrecer medios probatorios y se camufle un debido proceso con una aparente aplicación estricta de los principios mencionados como argumento para rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes.

El Tribunal Constitucional(2015) en su sentencia N° 03997-2013-PHC/TC ya se pronunció al respecto señalando que:

El derecho a probar no sólo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, sino también a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. (pp. 4-5)

En ese mismo sentido, Reynaldo Bustamante (1997) señala: “Las normas limitativas de derecho a probar sólo serán válidas en tanto resulten justificadas por la necesidad de salvaguardar otro derecho fundamental, un valor constitucional o un bien protegido” (p. 182)

Es así que, en el caso concreto, no se habrían admitido, en la audiencia de juzgamiento, dieciséis medios probatorios por los cuales el demandado interpone recurso de apelación sobre dos medios probatorios, que en su

consideración, si debieron ser admitidos, siendo estos: a) La pericia del Dr. Ivan Meini Méndez, con la que se acreditaría que el señor Cornejo Alvarado ha incurrido en un comportamiento penalmente relevante que lesiona el derecho al honor en la modalidad de difamación agravada; y, b) La pericia de parte del Magister Eduardo Villanueva Mansilla, profesor asociado del Departamento de Comunicaciones de la PUCP, con la que se acreditaría que Facebook es un medio de comunicación social en el que los actos de los usuarios tienen las mismas consecuencias que los actos de las personas en la vida convencional; que los usuarios de Facebook pueden controlar la difusión de cada una de sus publicaciones; que cuando una publicación en Facebook es pública y no de acceso restringido, cualquier usuario puede revisar su contenido sin que exista un acto de trasgresión informática; y finalmente, que “rcsm” y “csm” son acrónimos de uso común en todas las formas de comunicación digital.

El juzgado ha señalado que dichos medios probatorios no tenían relación con los hechos controvertidos por lo que se negó su admisión. Es por ello que el demandado, interpone recurso de apelación frente a esta decisión, de acuerdo al numeral 2° del artículo 376 del CPC, aplicado supletoriamente al proceso. Asimismo, en la resolución de vista, se resuelve dicho recurso de apelación señalando que dichas pericias no constituyen un medio probatorio exacto puesto que son referenciales y no tienen relación entre el hecho y la actividad de verificación que se pretende alcanzar y por lo tanto el recurso de apelación es desestimado.

En nuestra opinión, según todo lo expuesto, dichos medios probatorios debieron ser admitidos, teniendo en cuenta que fueron elaborados por especialistas en la materia, además de cumplir con los principios de preclusión, pertinencia, utilidad, licitud e idoneidad. Consideramos que con la decisión del juzgado se ha vulnerado el derecho a probar del demandado. Además, debió considerarse que dichos medios probatorios tienen un contenido académico de fuente confiable, por lo que el juzgador podría haberlas valorado, contrastándolas con otras fuentes de información, lo cual no implica necesariamente tenerlas que incluir en la sentencia. Decimos ello, ya que el juzgador ha recurrido, en primera instancia, a fuentes informales no confiables tales como: Wikipedia o “*aprender en Internet*”.

En ese mismo sentido, frente a la posición de la Sala sobre la impertinencia de dichos probatorios, Reynaldo Bustamante (1997) nos señala que:

En el caso de que exista duda sobre su impertinencia por no ser tan manifiesta – por ejemplo-, cuando los medios probatorios ofrecidos, pese a no guardar una relación directa con los hechos alegados, guardan una relación indirecta-, se puede admitir tales medios probatorios y diferir el pronunciamiento definitivo sobre su pertinencia o impertinencia para el momento en que se dicte la

sentencia o el auto que resuelve el incidente, ya que la decisión inicial sobre la pertinencia no ata o vincula al juzgador. (p. 180)

Asimismo, en la entrevista que le realizamos al Jurista Jorge Toyama Miyagusuku, con respecto al presente caso, nos señaló que consideraba que sí debieron admitirse dichos medios probatorios ya que estábamos ante uno de los primeros casos de sanciones por expresiones de una red social; por lo tanto, necesitábamos especialistas para validar. Asimismo, señaló que, aceptar la prueba no significa que le darás la razón a alguna de las partes, sino aceptar la prueba significa valorarla, es una suerte de perito de parte, sobre todo por ser un tema nuevo, no debería haberse rechazado de plano, finalizó.

4.3.2 ¿Se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales?

El demandado, ha señalado que con la sentencia de primera instancia se ha vulnerado su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. ¿En qué consiste este derecho? Este es una manifestación del derecho al debido proceso, no podría concebirse arbitrariedades en las decisiones judiciales por lo que el juzgador tiene que motivar su resolución, una motivación que contenga una fundamentación jurídica y que justifique su decisión adoptada. El Tribunal Constitucional (2010) ha señalado en su sentencia N.º 0896-2009-PHC/TC que:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o las justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente ya aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueves ordinarios

Asimismo, en la sentencia del Tribunal Constitucional (2008) (caso Giuliana Llamoya) Exp. 0728-2008-PHC/TC, el colegiado ha señala seis elementos que vulnerarían el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

1. Se viola este derecho cuando la motivación es existente o es sólo aparente, en el sentido que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, aparándose en frases sin ningún sustento fáctico.

2. Cuando hay falta de motivación interna del razonamiento. Es decir, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión y cuando existe incoherencia narrativa.
3. Cuando hay deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, es decir cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto a su validez fáctica o jurídica. (p. 6)
4. Cuando hay una motivación insuficiente, es decir cuando es inexistente el mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada”
5. Cuando la motivación es sustancialmente incongruente, cometiendo desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal.
6. Cuando en los casos de rechazo de demanda no hay una especial justificación o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de libertad. (p. 6)

En el caso concreto, el demandado señala que se ha vulnerado su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, dado que el Juez estableció como premisa de su razonamiento que “*Las expresiones vertidas en la publicación **resultan ofensivas para cualquier persona... (el resaltado es nuestro)***”; sin embargo, concluye que estos insultos no configuraron la falta grave porque el demandante no actuó con ánimo de injuria y **no se ha acreditado el perjuicio al honor**. Asimismo, en la sentencia señala que en el delito de injuria, la acción penal es privada, para acto seguido cuestionar que el agraviado no haya presentado su denuncia.

Entonces, podemos evidenciar que efectivamente en la sentencia se vulnera el derecho a una debida motivación, configurándose el segundo elemento que señala el Tribunal Constitucional, el cual es que “hay falta de motivación interna del razonamiento. Es decir, existe incoherencia narrativa” ya que hay claramente una contradicción entre las conclusiones y sus premisas establecidas al señalar que las frases son ofensivas pero no se acredita el perjuicio al honor.

Por otro lado, al mencionarse en la sentencia que “el directivo de RIPLEY, a quien se le habría injuriado, no habría iniciado una comunicación o una denuncia del funcionario y por tanto no se habría acreditado que este lo habría considerado una injuria hacia su persona” nos da a entender que el delito de injuria es una acción penal privada y al no haberse accionado, entonces no se configuraría falta grave laboral. Consideramos entonces que el juzgador hace una inferencia errónea porque tal como lo mencionamos en líneas anteriores, el derecho penal y laboral son dos

ramas de derecho distintos que no necesariamente podrían coincidir respecto a una acción u omisión que realice la persona que tipifique el supuesto de hecho de la norma y de esta manera se requiera que ambas vías procesales se activen necesariamente para sancionar el hecho. Por lo tanto, en este punto, consideramos que se ha configurado nuevamente el segundo elemento señalado por el Tribunal Constitucional respecto a su incoherencia narrativa y consecuentemente si se habría vulnerado el derecho a una debida motivación de las resoluciones judiciales.

4.3.3 Según cómo se ha llevado a cabo el proceso, ¿qué pudo motivar al demandante a desistirse del recurso de casación interpuesto? ¿Cabe el desistimiento o la conciliación en una instancia como ésta?

Para responder la primera pregunta tenemos que hacer una pequeña reseña de lo que sucedió en el proceso; y es que si bien es cierto, en primera instancia se declaró fundada la demanda, en segunda instancia la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, revoca la sentencia de primera instancia y lo declara infundada. Por lo tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 34° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, el demandante interpone recurso de casación. Sin embargo, el demandante desiste del recurso de casación, por lo que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria resuelve tener por desistido el recurso de casación interpuesto por el demandante y resuelve archivar el proceso.

Cabe entonces preguntarnos, ¿qué pudo motivar al demandante a desistirse del recurso de casación? Quizá nuestra pregunta pueda parecer demasiado amplia, y sí que lo es, pero nos la hemos formulado con la finalidad de analizar si había o no la probabilidad del demandante de que puedan darle la razón, teniendo en cuenta los escritos presentados y su postura realizada en todos los actos procesales.

El primer hecho que nos ha llamado la atención es lo referente a la afirmación falsa que señala el demandante cuando dice en su demanda: “la demandada me acusa de haber incurrido en “falta grave” contemplada en el inciso a) y f) del artículo 25° de la Ley sustantiva, así como de una supuesta inobservancia del artículo 74° de un Reglamento Interno de Trabajo... pretendiendo aplicar un Reglamento Interno de Trabajo que el demandante nunca recepcionó ni se me hizo entrega de acuerdo a ley” (el subrayado es nuestro). Sin embargo, se advierte con la contestación de la demanda que ello es falso en virtud del documento presentado por el demandado como lo es el registro de entregables en el que se deja constancia que el demandante firmó la recepción de un ejemplar del Reglamento Interno de Trabajo; por lo tanto, se presume su conocimiento y desmiente su postura.

Por otro lado, otra de las afirmaciones del demandante es que “de acuerdo a uniformes pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, tanto nacionales como extranjeros, estas expresiones del Facebook no son consideradas medio probatorio válidos para justificar un despido de un trabajador...”; sin embargo, esta afirmación también es desmentida con el análisis comparado realizado en el artículo “Redes sociales y el despido sanción” en donde se analiza diversos casos, tales como: “Kimberley Swann”, “Virgin Atlantic”, “Dawnmarie Souza”, los cuales fueron resueltos en los Tribunales del Reino Unido, Estados Unidos y Canadá respectivamente. En todos ellos, han sido las expresiones de las redes sociales, los hechos que han abierto el debate sobre las sanciones frente a los comportamientos de los trabajadores en su red social y muchas veces, se han considerado estas expresiones como causales de despido. Por lo tanto, la afirmación del demandante falta a la verdad.

Finalmente, queremos observar el hecho de que el demandante haya presentado citaciones del Primer Juzgado de Paz Letrado de Lince por la comisión de faltas, dando a entender que RIPLEY habría promovido estas acciones en represalia a sus trabajadores; sin embargo, este hecho también falta a la verdad, ya que el demandado señala que fue incorporado a este proceso en calidad de agraviado. Vemos entonces, otro intento de sorprender y confundir al juez, faltando a la verdad, obviando presentar la documentación completa y limitándose a presentar los documentos que lo lleven a caer en error.

Debido a todos estos actos, podemos señalar que no se ha respetado los principios éticos y morales que deben primar en todo proceso; asimismo, se ha atentado contra el principio de veracidad recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, al no permitirse que el juez resuelva en base a la realidad de los hechos, trastocando información en perjuicio de la otra parte. No es difícil pronosticar que esta actitud habrá de tomar en cuenta el juzgador al momento de resolver; por lo que podríamos preveer que el recurso de casación sea declarada infundada. En el caso concreto, el demandante formula desistimiento al recurso de casación presentado, lo cual es una forma especial de concluir el proceso de acuerdo al artículo 30° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, acción que consideramos debió haber sido consecuencia de la poca probabilidad de tener éxito en el proceso debido a los hechos expuestos y a la sentencia de vista que resolvió en su contra.

En ese mismo sentido, en la entrevista que le realizamos al jurista Jorge Toyama, nos señaló que pudo haber un acuerdo entre el demandante y la empresa para que pueda darse este desistimiento. Acuerdo que deviene en probable, dados los hechos y los motivos expuestos anteriormente, beneficiando este desistimiento, en mayor medida, al demandante.

Por otro lado, con respecto a la pregunta de si cabe desistimiento o conciliación en la casación, veamos qué nos señala la Nueva Ley Procesal del Trabajo en cada caso. En primer lugar, con respecto al desistimiento, la oportunidad en la que se puede optar por esta forma de conclusión del proceso la podemos encontrar sustentada en el artículo 342 del Código Procesal Civil, que señala “Oportunidad.- El desistimiento del proceso o del acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto...”. Ello en virtud de la primera disposición complementaria de la Nueva Ley Procesal de Trabajo que señala: “En lo no previsto por esta Ley son de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil”. Por lo tanto, al no haberse emitido pronunciamiento sobre el recurso de casación y consecuentemente “*no haberse producido sus efectos*”, cabe el desistimiento en esta etapa del proceso.

En segundo lugar, con respecto a la conciliación, la abogada Sara Campos (2015), en su artículo “La Conciliación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo” nos señala que:

Existen tres formas de conciliación: a) La conciliación administrativa ante el Ministerio de Trabajo; regulada en la Quinta Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, que suspenderá el plazo de caducidad en materia laboral; b) La conciliación judicial, que podrá ocurrir por invitación del juez, dentro del proceso (*intraproceso*), cualquiera sea el estado en que se encuentre, hasta antes de la notificación de la sentencia con calidad de cosa juzgada y la conciliación judicial como etapa del proceso, como etapa obligatoria del proceso laboral; y finalmente, c) la conciliación extrajudicial y privada, que puede ser *intraproceso*, que puede darse en cualquier etapa del proceso, constituyendo título de ejecución y *extraproceso*, que pueda darse previamente a la demanda. (p. 213)

Entonces, podemos señalar que cabe el desistimiento y la conciliación en la casación, como formas especiales de conclusión del proceso; teniendo en cuenta que la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha previsto diversas formas especiales de conclusión del proceso tales como: conciliación, allanamiento, reconocimiento de la demanda, transacción, desistimiento o abandono, concluyendo también cuando ambas partes inasisten por segunda vez a cualquiera de las audiencias programadas en primera instancia, tal como lo señala el artículo 30, primer párrafo, de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Efectivamente, ha habido un cambio en la Nueva Ley Procesal del Trabajo ante la escueta forma de la derogada Ley 26636°, con respecto a dichas formas especiales de conclusión del proceso tal como lo describe la abogada Sara Campos (2015), quien señala:

La Anterior Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636°, regulaba sólo dos medios alternativos de extinción de la relación procesal: la

conciliación y el desistimiento. Utilizándose supletoriamente el Código Procesal Civil para aplicar los modos de extinción del proceso... Esta disyuntiva se dejó de lado con la NLPT, que de forma expresa señaló los medios de extinción del proceso; se dejó de lado con una detallada mención de los mismos. (p. 213)

Debido a que no en todas las instancias se ha aplicado correctamente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en razón a lo señalado anteriormente, como por ejemplo: la no admisión de los medios probatorios pertinentes ofrecidos en primera instancia, hemos de observar que no se ha llevado a cabo un debido proceso; ya que si bien es cierto, podemos estar de acuerdo con la resolución del fondo del asunto en la sentencia de vista, mas no coincidimos con la forma, ya que consideramos que los medios probatorios ofrecidos por el demandado debieron ser admitidos, lo cual no necesariamente implicaría que estas deban formar parte de la sentencia; sino que estas se valoren o en todo caso se discuta su pertinencia junto a los demás aportes probatorios, antes de emitir sentencia.

4.3.4 Según la posición del bachiller ¿Considera que se ha respetado el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva en el caso concreto?

Consideramos que no se ha respetado el derecho a un debido proceso ni el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ya que se ha negado al demandado su derecho a probar, no habiendo admitido medios probatorios pertinentes como son los informes ofrecidos. Consideramos que estos informes si tenían relevancia y eran pertinentes para conocer la doctrina legal y la relevancia social de las redes sociales en dicho contexto. Como se ha señalado, el juez debió haber admitido estos medios probatorios sin que sea necesario incluirlos dentro de la sentencia. Simplemente se los debió haber tomado en consideración para poder proveer de información al juzgador y de esa manera pueda tomar una mejor decisión al momento de resolver.

En la entrevista que tuvimos con el Dr. Jorge Toyama, para la elaboración del presente informe, le consultamos al respecto y señaló que debería haberse admitido dichos medios probatorios ofrecidos ya que son informes elaborados por especialistas y estamos ante uno de los primeros casos de sanciones por expresiones en redes sociales en el Perú. Además, señaló, aceptar la prueba no significa que le vas a dar la razón a una de las partes sino valorarlas; sobre todo, por ser un tema nuevo, no debería haberse rechazado de plano estas pruebas. El peritaje no te dice cómo resolver sobre el tema de fondo, sino te da herramientas para una mejor evaluación, finalizó.

Coincidimos con este punto de vista y reafirmamos nuestra posición. Por otro lado, tampoco se ha respetado el derecho al debido proceso ya que no se ha motivado correctamente las resoluciones, deviniendo la sentencia en incongruencias en su contenido e inferencias erróneas como la de señalar como condición la acción penal para configurarse la falta grave laboral.



Conclusiones

1. Consideramos que sí se ha configurado la falta grave laboral con las publicaciones realizadas en Facebook, ya que se pudo inferir que Facebook sí es un medio de comunicación mediante el cual se puede injuriar o cometer otro tipo de delitos contra el honor. Por lo tanto, luego de la aplicación del Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116 y otros criterios jurídicos aceptados por la doctrina jurídica, se ha determinado que el actuar del demandante calza en la configuración de las faltas graves labores tales como: inobservancia al Reglamento Interno de Trabajo e Injurias o faltamiento de palabra, ya que se ha vulnerado el honor de los directivos de RIPLEY y de la misma empresa al compartir publicaciones con palabras denigrantes y vejatorias sin afán de ser una crítica o un reclamo razonable, y consecuentemente se ha convertido en una causa justa de despido relacionado con la conducta del trabajador. También se evidencia que con respecto a la libertad de expresión, no se ha vulnerado este derecho del demandante ya que no se ha encontrado ningún tipo de censura hacia sus expresiones, opiniones o gestos; por el contrario, se ha realizado un uso indebido de este derecho que finalmente ha derivado en sancionable. Finalmente, tampoco se encuentra en el caso que se haya atentado contra el derecho a la libertad sindical ya que se ha permitido al demandante ser parte del sindicato y se le ha dado las facilidades laborales para que pueda cumplir su rol de dirigente.
2. Concluimos que el demandante sí habría incurrido en responsabilidad penal, teniendo en cuenta la descripción abierta que contiene la norma configurándose el tipo objetivo y subjetivo de la misma. Asimismo, al haberse realizado la acción injuriosa mediante la red social Facebook, tendrá dicho acción contra el honor un mayor alcance que un periódico o la televisión; configurándose así la gravedad del hecho. Finalmente, al establecerse el derecho penal como de *ultima ratio* y el derecho que marca la pauta sobre los conceptos jurídicos que puedan contener otras ramas del derecho por el mismo hecho de proteger intereses jurídicos de interés público, se puede concluir que según una interpretación literal y sistemática del delito de injuria y la doctrina jurídica del Código Penal, sí se habría cometido este delito en su forma más agravada como lo es la difamación; dicho sea de paso, en omisión impropia, al poseer el demandante una posición de garante sobre su cuenta de Facebook, encontrándose en la obligación de tutelar el bien jurídico "honor".
3. No se ha respetado el derecho al debido proceso ni a la debida motivación de las resoluciones judiciales ya que se ha incurrido en vicios que prohíbe la norma, la doctrina jurídica y la jurisprudencia,

como lo son: la no admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, resultado pertinentes y hasta necesarios para la resolución del caso y la motivación defectuosa e incongruente de la sentencia de primera instancia. Sin embargo, en la etapa casatoria, no se ha encontrado ningún vicio que haya invalidado el proceso ya que se desistió del recurso cumpliendo con el debido procedimiento laboral que exige la norma.



Bibliografía

- Código Penal Peruano. (CPP). Decreto Legislativo N° 635. Diario El Peruano
- Código Penal Español. (CPE). Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*.
- Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). *Opinión Consultiva OC-5/85*
- Decreto Supremo N° 010-2003-TR (05 de octubre de 2003). Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Diario Oficial El Peruano
- Decreto Supremo N° 003-97-TR (27 de marzo de 1997). Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral". Diario Oficial El Peruano
- Corte Superior de Justicia de Lima. Octava Sala Laboral Permanente. N° 08615-2018-0-1801-JR-LA; 13 de noviembre de 2019
- Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. N° 4400-2017 LIMA; 14 de mayo de 2019
- Tribunal Constitucional. Pleno del Tribunal Constitucional. N° 03997-2013-PHC/TC; 24 de noviembre de 2015
- Asociación de Academias de la Lengua Española (2005). *Diccionario del estudiante/ Real Academia Española*. Real Academia Española
- Red Social Meta. (16 de julio de 2022). *Condiciones del servicio*. <https://web.facebook.com/legal/terms>
- Defensoría del Pueblo. (2000). *Situación de la libertad de expresión en el Perú*. Informe N° 48
- Carmona Salgado, C. (2012). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor*. Tirant Lo Blanch
- Perdomo Torres, J. (2001). *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Universidad Externado de Colombia.

- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2022). *Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a nivel nacional*. Informe N° 02
- Meini Méndez, I. (2013). *Informe jurídico penal sobre los comportamientos de los señores Giancarlo Cornejo Alvarado, Guillermo Díaz Montesinos y Williams Guerra Rodriguez que motivaron su despido de la empresa Ripley por falta grave (lesión al bien jurídico honor)*.
- De Verda y Beamonte, J. (2015). *Los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: Una nueva sensibilidad de los Tribunales*. Universidad de Valencia
- Baeza Vallejo, S. (2003). *El derecho al honor*. Universidad de Chile
- Kosinski M., Stillwell D. y Graepel T. (2013). *Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior*. PNAS, Universidad de Cambridge
- Defensoría del Pueblo. (2000). *Situación de la libertad de expresión en el Perú*. Series Informes Defensoriales
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2006). *Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información*. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116
- Peña Cabrera Freyre, A. (2008). *Los elementos subjetivos del injusto en los delitos contra el honor, un añadido incompatible con el principio de legalidad material*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- Toyama Miyagusuku, J. y Merzthal Shigyo, M. (2015). *La libertad sindical en el Perú: Una revisión a su desarrollo jurisprudencial*. Derecho & Sociedad
- Villavicencio Rios, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. OIT PLADES
- Ricaurte, P. (26 de febrero de 2010). *El impacto de Facebook en nuestras relaciones sociales*. Mediosfera <https://mediosfera.wordpress.com/2010/02/26/el-impacto-de-facebook-en-nuestras-relaciones-sociales/>.
- Prieto Preboste, S. (2015). *Delitos y redes sociales: revisión jurisprudencial*. La Ley
- Pasco Cosmópolis, M. (1985). *La falta grave laboral*. Pontificia Universidad Católica del Perú
- Valdez Silva, F. (10 de setiembre de 2018). *La posición de garante y el compliance en el Derecho Penal: a propósito del caso de la menor*

Xoana. La Ley. <https://laley.pe/art/6118/la-posicion-de-garante-y-el-compliance-en-el-derecho-penal-a-proposito-del-caso-de-la-menor-xohana>

- Bustamante Alarcón, R. (1997). *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. *Ius Et Veritas*, 14, 171 - 185
- Carro Hernández, M. y Espinoza, G. (22 de octubre de 2015). *Redes sociales y el despido sanción*. Poder Judicial de la República de Costa Rica. http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/revista9/pdf/arti_01_09.pdf.
- Campos Torres, S. (2015). *La conciliación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. *Derecho & Sociedad*, 37, 212 - 219
- Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. (2018). *Informe jurídico para fortalecer el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información que corresponden a los ciudadanos y a los medios de comunicación, en armonía con el derecho al honor*. Universidad del Pacífico
- Rubio Correa, M. (2011). *El sistema jurídico, introducción al derecho*. PUCP
- Mantovani, F. (2015). *Los principios del derecho penal*. Ediciones Legales.
- Valderrama Macera, D. (05 de octubre de 2021). *Los "animus" en el derecho penal*. Lp. <https://lpderecho.pe/animus-derecho-penal/>
- Franciskovic Ingunza, B. (enero 2019). *El derecho a la prueba: contenido, qué es la prueba, el objeto de prueba y los medios de prueba*. <file:///C:/Users/ROMINA/Downloads/Elderechoalapruebacontenidoquesapruebaelobjetodepruebaylosmediosdeprueba.pdf>
- Neves Mujica, J. (1997). *Introducción al derecho al trabajo*. Ara Editores.
- Santana Rodríguez, R. (2021). *El poder disciplinario del empleador en la empresa privada*. Fundación de Cultura Universitaria
- Rodríguez Rodríguez, E. (2008). *El poder disciplinario y la negociación colectiva*. Comares, S.L.
- Valderrama Valderrama, L. (2020). *Estudios sobre el despido en el Perú*. Gaceta Jurídica

- Palomino Ramírez, W. (2011). *Análisis del concepto de honor y los delitos de injuria y difamación: ¿será cierto que el derecho penal es la vía adecuada para su tutela?*. *Derecho & Sociedad* (37), 333.342.
- Portocarrero Hidalgo, J. (2006). *Injuria*. *Docentia et Investigatio*.



Exp. :
 Mat. : Nulidad de Despido y Otro
 Esc. : 01 Cuaderno Principal de la demanda

SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO DE TRABAJO PERMANENTE DE TURNO:
 S. J.

I.- DATOS DEL DEMANDANTE:

GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO, con DNI 42319535 con domicilio real en EL Jirón Antonio MiroQuezada 1382 Interior 27 Lima Cercado, señalando domicilio procesal en la Casilla 14349 de la Central de Notificaciones del Poder Judicial, señalando casilla electrónica autorizada por el Poder Judicial N° 8962 y correo electrónico mtcabogado@gmail.com donde se me debe notificar con la demanda y sus recaudos.

II.- DATOS DE LA DEMANDADA:

Qué, en tiempo y forma oportuna, mediante una acción que contiene una acumulación objetiva de pretensiones, interpongo DEMANDA de NULIDAD DE DESPIDO solicitando LA REPOSICIÓN a mis ocupaciones habituales de VENDEDOR INTEGRAL en La tienda Ripley de San Isidro, con el pago de mis remuneraciones devengadas, incluido los incrementos por negociación colectiva dejadas de percibir durante el tiempo que dure el despido, o, sólo en el caso de no haber mérito para amparar la solicitud de Nulidad de Despido, como pretensión subordinada reclamo la INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO demanda que la interpongo contra TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY S.A., con domicilio principal en la Capital sito en las Begonias 545 9no Piso distrito de San Isidro, Lima, donde se le debe notificar con la demanda y sus recaudos.

III.- PETITORIO:

Solicito a su honorable despacho se sirva declarar NULO EL DESPIDO y ordenar LA REPOSICION a mis ocupaciones habituales de vendedor integral de la Tienda Ripley de Las Begonias San Isidro, con el pago de las Remuneraciones devengadas dejadas de percibir desde el momento en que fui despedido hasta mi reposición real y efectiva, incluido los incrementos por negociación colectiva, o, sólo en el caso de que su despacho no considere haber mérito para amparar la demandada de NULIDAD DE DESPIDO, solicito se ampare la pretensión subordinada de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO, ordenando se me pague la suma de S/ 23,333.33 nuevos soles que resulta de multiplicar S/ 2,916.67X8 mensualidades, como Indemnización por despido, más intereses, con expreso señalamiento de costas y costos del proceso, solicito igualmente se ordene el depósito de mis CTS de todo el periodo que me mantenga despedido.

III. SITUACIÓN LABORAL DEL DEMANDANTE:

1.- Presté servicios como Vendedor Integral en las instalaciones comerciales de Ripley Las Begonias San Isidro de propiedad de Tiendas por Departamento Ripley S.A., habiendo ingresado a trabajar el 23 de Julio del 2007, laborando en forma continuada, hasta el día martes 30 de Abril de 2013 en que soy despedido del trabajo ilegal e injustificadamente, con el argumento de "haber cometido "falta grave" tipificado en los incisos a) y f) del artículo 25º del D.S. 003-97-TR TUO de la ley de Productividad y Competitividad Laboral D.L. 728 conforme al contenido de la carta de pre aviso del 22-04-2013 oportunamente desvirtuada y aclarada mediante carta de descargo que ejercí el 25-04-2013, siendo despedido mediante carta notarial del 30-04-2013 conforme a los documentos que adjunto a la demanda.

2.- Mi última remuneración percibida es como sigue: S/ 500.00 nuevos soles como sueldo básico al que debe sumar el promedio histórico de

comisiones de S/. 2,000.00 nuevos soles mensuales, más el promedio de gratificaciones de S/. 416.66 nuevos soles, haciendo un haber total de S/. 2,916.66 mensual.

3.- El tipo de remuneración que percibo es mixto conformada por un básico, un promedio de comisiones y otros beneficios remunerativos.

3.- El trabajo realizado en esta empresa me permitió acumular 5 años 8 meses 16 días de servicios

IV.- PETITORIO:

Solicito a su honorable despacho se sirva declarar NULO EL DESPIDO y ordenar MI REPOSICION a mis ocupaciones habituales de Vendedor Integral, con el pago de las Remuneraciones devengadas desde el momento en que fui despedido hasta mi reposición real y efectiva, incluido los incrementos por negociación colectiva o, sólo en el caso de que su despacho no considere haber mérito para amparar la demandada de NULIDAD DE DESPIDO, solicito se ampare la pretensión subordinada de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO, ordenando se me pague la suma de S/. 23,333.33 nuevos soles que resulta de multiplicar S/. 2,916.67 x 8 mensualidades como Indemnización por despido, más intereses, con expreso señalamiento de costas y costos del proceso, solicito igualmente se ordene el depósito de mis CTS de todo el periodo que me mantenga despedido.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA:

1.- Demando se decrete la Nulidad de Despido y ordene la reposición a mis ocupaciones habituales de Vendedor Integral por haber sido despedido del trabajo como represalia por mi condición de Secretario de Defensa del Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley Peru S.A -SUTRAGRISA, por haber realizado intensa actividad sindical en defensa de los derechos de mis representados, y; por ejercer el cargo de Representante de los trabajadores de Tiendas por Departamento Ripley S.A. ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo dispuesto por ley 29783, y como represalia haber formulado, junto a mis

compañeros de trabajo y a través del Sindicato o personalmente varias denuncias por Violación de Disposiciones Socio Laborales, por prácticas antisindicales, por desarrollar Actos de hostilización contra el demandante y contra otros miembros y dirigentes del SUTRAGRISA, denuncias que dio lugar a requerimientos emitidos por la Autoridad Inspectiva de Trabajo, acreditando la Nulidad de este Despido en aplicación de los incisos a), b) y c) del artículo 29º del D.S. 003-97-TR, solicitando mi reposición a mis ocupaciones habituales de Vendedor Integral del Área de cajas de la tienda Ripley de las Begonias en San Isidro, con el pago de mis Remuneraciones devengadas.

2.- Demando Nulidad de despido amparado en los incisos a), b) y c) del artículo 29º del D.S. 003-97-TR ya que la demandada Tiendas por Departamento Ripley S.A. me ha despedido como represalia por la labor y la representación sindical ejercida durante el poco tiempo que tengo como Secretario de Defensa.

Fui elegido dirigente el 27-01-2013 y en este breve periodo he realizado diversas acciones y gestiones como Secretario de Defensa he interpuesto denuncias y reclamos contra la empresa demandada, que por lo demás tiene innumerables antecedentes que acreditan tener un comportamiento antisindical contra trabajadores por el hecho de participar en las organizaciones sindicales ya que, desde el momento en que se constituyó el Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley S.A.-SUTRAGRISA, han sido numerosos los trabajadores y dirigentes que han sido despedidos de la empresa acusados de faltas que nunca cometieron como ocurre con el suscrito que ha sido despedido junto a Guillermo Armando Díaz Montesinos delegado sindical de Ripley Monterrico y Williams Guerra Rodríguez activista sindical de la seccional del Jockey Plaza, despido que se ha producido acusados de cometer supuestas faltas tipificadas en el inciso a) y f) del artículo 25º de la Ley 728 (recurriendo a comentarios del Facebook al cual ingreso ilegalmente la sub gerente de RR.HH de

la empresa demandada María del Carmen Miriza Stoll y encargada personal de llevar a cabo esta práctica antisindical en la empresa demandada.

3.- Este despido es Nulo porque se hace en contra del Secretario de Defensa del SUTRAGRISA y miembro del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo que tiene amparo y protección entre otros contra el despido incausado conforme lo dispone el artículo 32º de la ley 29783 ya que, conforme lo señala el Dr. Alfredo Villavicencio Ríos, en documento de trabajo presentado ante la OIT: la condición de dirigente sindical del trabajador conduce a que sus reclamos traspasen el ámbito de protección de los actos de hostilidad a uno mucho más amplio como es el de la protección frente a cualquier transgresión del derecho a la libertad sindical, que supone la proscripción de toda práctica, conducta, actividad, injerencia, o incluso omisión dirigida a impedir, restringir, sancionar o enervar el ejercicio de la libertad sindical; lo cual incluye las actitudes dirigidas a negar injustificadamente las facilidades o prerrogativas necesarias para el normal desarrollo de la acción colectiva.

4.- Este despido es Nulo también, porque la Constitución Política, en su artículo 28º establece que la libertad sindical también implica reconocer una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses, como fue reconocido por sendas sentencias del Tribunal Constitucional ya que, mediante este despido, la demandada pretende restringir y sancionar el accionar sindical de un dirigente sindical recurriendo para ello inclusive a calificar como "falta grave" frases o expresiones desarrolladas en el Facebook que de ninguna manera pueden ser consideradas "Faltas graves" por ser expresiones dichas en el marco de la libertad de expresión que es igualmente un derecho constitucional por lo que carece de fundamento el vincularlas a supuestos "incumplimientos de mis obligaciones de trabajo" o imputarlas indebidamente como "actos de indisciplina, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en contra del empleador", imputaciones de falta grave que nunca se han producido ni han sido cometidas por el trabajador dirigente despedido.

5.- En efecto, la demandada me acusa de haber incurrido en "falta grave" contemplada en el inciso a) y f) del artículo 25º de la ley sustantiva, así como de una supuesta inobservancia del artículo 74º de un Reglamento Interno de Trabajo (RIT) que me acompaña con su carta de pre aviso, (sin haber acreditado en ningún caso tales acusaciones como era su obligación de acuerdo lo que dispone el artículo 31º de la ley sustantiva y pretendiendo aplicarme un reglamento interno de trabajo que el demandante nunca recepciono ni se me hizo entrega de acuerdo a ley.)

6.- La inexistencia y falsedad de las "faltas graves" contempladas en los incisos a) y f) del artículo 25º del D.S. 003-97-TR que se me imputan, la encontramos revisando los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la carta de pre aviso de despido que la empresa demandada me cursa el 22 de Abril del año en curso (Anexo 1-B), la misma que es aclarada y desvirtuada con la carta de descargo que realice el 25 de abril del año en curso (anexo 1-C), pese a lo cual soy despedido del trabajo mediante carta notarial del 30 de abril del año en curso (Anexo 1-D), quedando demostrado que (pese a la inexistencia de "falta grave" soy despedido del trabajo porque, lo que le interesaba a la demandada era despedir a este trabajador como represalia por el papel que ejercía dentro de la empresa como dirigente sindical y como representante de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.

7.- La carta de pre aviso del 22-04-2013 acredita la inconsistencia y falsedad de la acusación de "falta grave" contemplada en los incisos a) y f) del artículo 25º del D.S. 003-97-TR que esgrime la demandada al apoyarse en fotografías y expresiones o comentarios que aparece en el Facebook al cual ingreso ilegalmente la empresa mediante su Sub Gerente y responsable legal de toda esta política antilaboral y antisindical implementada en la empresa,

8.- Estas expresiones o acuse de recibos sobre fotografías, expresiones o comentarios que aparecen en esta red social como es el Facebook,

donde el demandante pudo haber expresado un "me gusta", no puede ser considerado como "falta grave" contemplada en el inciso a) que se refiere a "incumplimiento reiterado de sus obligaciones de trabajo, resistencia a cumplir las órdenes de sus superiores o inobservar el RIT" y f) que se refiere a "actos de violencia, grave indisciplina, injuria o frotamiento grave de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él, cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral" no acreditan la existencia real de faltas graves cometidas por el demandante, por lo que estos despidos tienen como causa verdadera nuestra militancia sindical, la labor desarrollada como dirigente en defensa de los derechos laborales de los afiliados al sindicato y es la culminación de innumerables actos de hostigamiento y hostilización a que veníamos siendo sometido por la empresa debido a nuestra condición de sindicalistas o dirigentes sindicales.

9.- El pretender despedirme del trabajo recurriendo a un medio de expresión o red social como es el facebook demuestra la absoluta inconsistencia y falta de tipicidad de esta acusación ya que en ninguna parte del mundo un hecho de esta naturaleza puede ser considerado "falta grave" contemplada en el inciso a) y f) de la norma sustantiva nacional, mas aun cuando se trata simplemente de una opinión frente a lo aparecido en el Facebook mediante una frase como "me gusta"; acto este que por lo demás forma parte de la libertad de expresión, y no califica lo publicado en el facebook, con el agregado de que, de acuerdo a uniformes pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, tanto nacionales como extranjeros, estas expresiones del Facebook no son consideradas medio probatorio validos para justificar un despido de un trabajador ya que, de acuerdo a lo que dispone el artículo 31 del D.S. 003-97-TR se requiere la acreditación fehaciente de la comisión de falta grave por parte de la empresa que esgrime la comisión de falta grave y que estos emanen del incumplimiento que haga el trabajador de su contrato de trabajo que hagan irrazonable la subsistencia de la relación laboral; en

este caso la "falta grave" tipificada en los incisos a) y f) del artículo 25º de la ley que se me imputa, no está probada ni acreditada por lo que este despido deviene en Nulo.

10.- Este despido es igualmente nulo a tenor de lo que dispone el inciso c) del artículo 29º del D.S. 003-97-TR porque obedece y es en represalia a las numerosas denuncias que en mi condición de Secretario de Defensa y como representante de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo hice en contra de la empresa demandada y antes las autoridades correspondientes conforme a las copias de las denuncias y reclamos que formule, muchas de los cuales generaron inclusive actas sancionadoras o requerimiento en contra de la empresa, por lo que soy despedido como represalia a esa acción sindical y de defensa que desarrolle.

II.- Demando, de otro lado, como pretensión subordinada la Indemnización por Despido Arbitrario, , sólo en el caso de que su despacho considere no haber mérito para amparar la pretensión principal de Nulidad de Despido, amparado en el hecho de que este despido no tienen justificación legal ni causa alguna que la ampare, toda vez que he sido separado del trabajo en forma arbitraria sin que haya cometido falta grave tipificada en el artículo 25º de la ley, ya que las imputaciones sobre supuesta comisión de falta grave contemplada en el inciso a) y f) de esta norma sustantiva nunca fue cometida por el actor, ni estar incurso en causa justa de despido contemplado en el artículo 46 del D.S. 003-97-TR dado que soy un trabajador que tengo contrato de trabajo a plazo indeterminado al estar trabajando en las actividades correspondientes a la actividad principal de la empresa demandada como vendedor integral en la Tienda Ripley de San Isidro, pese a ello, la demandada me ha despedido sin que el demandante se encuentre incurso en causal de falta grave contemplada en el artículo 25º, o causa justa contemplada en el artículo 46º del decreto supremo 003-97-TR, de tal manera que, a todas luces este despido, si no es Nulo es Arbitrario y por ende me corresponde la indemnización por Despido

Arbitrario que alcanza a la suma de S/. 23,333.33 nuevos soles que resulta de multiplicar mi sueldo ordinario de S/. 2,916.67 x 8 mensualidades.

I V. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA

1.- En lo sustantivo, amparo mi demanda en lo dispuesto por los artículos 2º numeral 15, 27º de la Constitución del Estado; y lo dispuesto por el inciso a), b) y c) del artículo 29º del D.S. 003-97-TR que textualmente señala lo siguiente:

Art. 27º de la Constitución del Estado dice: La ley otorga al trabajador-a, adecuada protección contra el despido arbitrario.

Art. 29 del D.S. 003-97-TR dice: Es Nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un Sindicato o la Participación en actividades sindicales.
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25º.

2.- En lo procesal, amparo mi demanda en lo que dispone los artículos 2 numeral 1 de la nueva ley procesal de trabajo 29497 y lo dispuesto por el artículo 424º y demás normas del derecho Procesal Civil aplicables en vía supletoria.

V. VIA PROCEDIMENTAL

La presente acción se tramita por la vía del proceso laboral Ordinario de acuerdo a lo que dispone el artículo 2º numeral 1 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497.

VI.- MEDIOS DE PRUEBA

1.- El mérito de 6 boletas de pagos del 2012 y 2013, en original, expedidas por la demandada Tiendas por Departamento Ripley S.A. a mi nombre donde figura mi fecha de ingreso, ocupación remuneraciones percibidas, con las cuales acredito vínculo laboral, tiempo de servicios y la actividad que realizaba.

2.- La carta notarial de pre aviso del 22-04-2013 cursada por la demandada al demandante donde aparece la imputación de haber cometido supuestamente "falta grave" tipificado en el inciso a) y f) de la ley por acusar recibo con la expresión "me gusta" a imágenes y expresiones publicadas en el facebook, demostrando que no existe falta grave cometida por el demandante.

3.- El merito de la Carta de descargo del 25-04-2013 mediante la cual aclaró y desvirtuó totalmente las falsas acusaciones de "falta grave" que me hace la demandada.

4.- La carta de despido del 30-04-2013 notificada al demandante el 03-05-2013 para probar que la empresa se ratifica en su inconsistente acusaciones de "falta grave" y procede a despedirme sin que haya cometido falta grave, carta que sirve para probar el despido nulo.

5.- Copia fotostática de la denuncia del 19-02-2013 interpuesta por el Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley Perú S.A. SUTRAGRISA que la suscribo, solicitando que se verifique la práctica antisindical que la empresa implementa contra los trabajadores sindicalizados, entre los que se encontraba el demandante, quien fue objeto de injustas amonestaciones y suspensiones que fueron denunciadas ante la Autoridad Inspectiva de Trabajo solicitando se sancione esta práctica antisindical y actos de hostilización, denuncia que ofrezco como prueba para demostrar que esta denuncia es una de las verdaderas razones del despido que he sido objeto acreditando el despido nulo a tenor de lo que dispone el inciso c) del artículo 29º del D.S. 003-97-TR.

6.- Copia de los escritos del 26-03-2013 y del 03-04-2013 cursados por el SUTRAGRISA que la suscribo, al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ampliando los fundamentos de hecho y medios probatorios que acreditaban los actos de la práctica antisindical implementada por la demandada, escritos que lo ofrezco como prueba para acreditar la existencia del reclamo de los trabajadores contra el empleador y ser este reclamo una de las causas del despido nulo demandado.

7.- Copia del requerimiento del 10-04-2013 emitido por el inspector actuante Luis Alberto Moran Canales, derivado de las denuncias interpuestas con mi intervención, conteniendo hechos que se describen en las hojas anexas del mismo que constituyen infracciones a disposiciones socio laborales vigentes en las que ha incurrido la demandada relacionada a Convenios Colectivos y Libertad Sindical expresado en actos que vulneran la libertad sindical de los dirigentes sindicales y afiliados al SUTRAGRISA, generando con tales actos una afectación en el ámbito individual y colectivo de la organización sindical, requerimiento que lo presento como prueba para acreditar que este requerimiento es una de las causas del despido. /

8.- El merito de la cedula de notificación 111928-2013 que contiene a su vez el Acta de Infracción N° 1186-2013 del 15-05-2013 sancionando a la empresa demandada con fuerte multa por Violación a la libertad Sindical en la modalidad de práctica antisindical con suspensiones y amonestaciones a los afiliados y dirigentes del SUTRAGRISA e incumplimiento a los Convenios Colectivos para probar la existencia de denuncias ante la AAT y sanciones de multa aplicadas por esta a la empresa a causa de las denuncias que formule como dirigente sindical.

9.- El merito de la comunicación del cambio de la Junta Directiva Nacional de fecha 23-01-2013 cursada a la Empresa Tiendas por Departamento Ripley S.A. y al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dando a conocer los nuevos miembros de la JDN y los delegados elegidos a nivel nacional donde aparece el demandante como Secretario de Defensa Nacional del SUTRAGRISA para acreditar mi condición de dirigente sindical y motivo por el cual me despidieron del trabajo.

10.- El merito de las cartas de descargo de fecha 16-02-2013 Y 26-02-2013 cursados por el demandante a la demandada contestando y desvirtuando las sanciones de amonestación y suspensión cursada por la empresa contra el demandante por el uso del cintillo sindical para probar que venía siendo

objeto de sanciones y amonestaciones injustificadas, arbitrarias e ilegales como preámbulo al despido ilegal del cual he sido objeto.

11.- El merito de la ejecutoria internacional emitida por el Tribunal Superior de la Sala Social de Murcia donde considera que el comentario que se haga de una publicación en el facebook no es prueba en un proceso laboral por tratarse de un documento social que se da dentro del marco de la libertad de expresión.

12.- El merito de la Ejecutoria del Tribunal de Garantías Constitucionales del 18 de Agosto del 2004 emitido contra la Sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declara improcedente la Acción de Amparo, ejecutoria que la reforma y ampara la acción interpuesta por el trabajador precisando que un documento obtenido indebidamente del internet carece de valor jurídico y calidad probatoria en un proceso como el que tramita el demandante, ejecutoria que sirve para ser aplicado en el presente caso.

VII. ANEXOS

- 1.A.- Copia del DNI de la demandante.
- 1.B.- C - - de 6 Boleta de pagos del demandante
- 1.C.- Carta notarial de pre aviso de despido del 22-04-2013
- 1.D.- Carta de descargo del 24-04-2013.
- 1.E.- Carta de despido del 30-04-2013.
- 1.F.- Denuncia del 19-02-2013
- 1.G.- copia de escritos del 26-03-13 y 03-04-13 del SUTRAGRISA
- 1.H.- Requerimiento del 10 de abril del 2013.
- 1.I.- Acta de Infracción 1186-2013
- 1.J.- La comunicación de la Junta Directiva a la empresa y MTPE.
- 1.K.- Las cartas del 18-02-13, 26-02-13 cursadas por el actor
- 1.L.- Ejecutoria Internacional de la Sala Social de Murcia-España
- 1.LL.- La ejecutoria del Tribunal de Garantías Constitucionales del 18-08-04

POR TANTO:

Pido a usted señor Juez dar trámite a la presente demanda de acuerdo a su contenido y ampararla oportunamente.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Al amparo del artículo 80° del CPC delego facultades al letrado que autoriza la demanda señalando para ello domicilio el enunciado en el introito de la misma, expresando conocer las facultades que delego.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Qué, al amparo del artículo 138° del CPC es que designo como procuradores en la presente causa a los señores Amadeo Vilchez Chiroque DNI. 09846808 y Amaru Tincopa Gallegos con DNI 07644739 autorizándolos para que sean notificados por nota, lecturen el expediente o recaben recaudos de ser el caso.

Lima; 16 de Mayo del 2013


AMARU A. TINCOPA GALLEGOS
ABOGADO
E.A.L. 12512





Expediente No. 12945-2013
 Especialista Legal: Dra. Apaza Chupa
 Escrito No. 1
Sumilla: CONTESTAMOS DEMANDA

SEÑORA JUEZA DEL DÉCIMO PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO DE TRABAJO PERMANENTE DE LIMA:

TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY S.A. (en adelante, "RIPLEY"), con R.U.C. No. 20337564373, con domicilio real en Calle Las Begonias No. 545, Piso 10, San Isidro, Lima, representada por Sebastián Soltau Salazar, identificado con D.N.I. No. 44053990, según poder que se adjunta al presente escrito, en los seguidos por el señor Giancarlo Cornejo Alvarado, sobre reposición por despido nulo, atentamente decimos:

El 25 de junio de 2013 nos fue notificada la Resolución No. 2, mediante la cual su Juzgado admite a trámite la demanda interpuesta por el señor Cornejo Alvarado. Por ello, nos apersonamos a la instancia señalando domicilio procesal en la Casilla No. 3714 del Colegio de Abogados de Lima con sede en Palacio de Justicia, y Casilla Electrónica No. 1692, en la que se nos deberán notificar todas las resoluciones y actos procesales que se verifiquen en el presente proceso.

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El señor Cornejo Alvarado interpone demanda laboral contra RIPLEY para que se ordene su reposición (pretensión principal) y el pago de las remuneraciones devengadas durante la vigencia de su despido, así como el depósito de la Compensación por Tiempo de Servicios devengada durante dicho período (pretensiones accesorias). En caso se desestime este pedido, solicita que se ordene el pago de una indemnización por despido arbitrario (pretensión subordinada).

Afirma que su despido es nulo porque fue una represalia por: (i) su condición de Secretario de Defensa del Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley Perú S.A. (en adelante, "el Sindicato"); (ii) haber realizado intensa actividad sindical en defensa de los derechos de los afiliados del Sindicato; (iii) ejercer el cargo de representante de

los trabajadores de Tiendas por Departamento Ripley S.A. ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo; y, (iv) haber formulado varias denuncias y reclamos (personalmente, junto a sus compañeros de trabajo o a través del Sindicato) por violación de las disposiciones socio-laborales ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, que dieron lugar a requerimientos y actas de infracción.

Con relación a las faltas graves que le fueron imputadas, se limita a señalar que RIPLEY ingresó ilegalmente a su perfil de Facebook; (ii) las frases o expresiones que se consignan en Facebook no pueden configurar una falta grave, pues son emitidas en ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y, (iii) él no las cometió. Además, en todo momento quiere dar a entender que su despido se basa única y exclusivamente en el hecho que pulsó la opción de "Me gusta".

Las principales afirmaciones o insinuaciones contenidas en la demanda y su subsanación, referidas tanto a hechos como a consideraciones jurídicas, que procedemos a negar por no contar con sustento fáctico o jurídico alguno, son las siguientes:

- **AFIRMACIÓN FALSA:** *El despido del señor Cornejo Alvarado fue una represalia.*

La decisión de despedir al señor Cornejo Alvarado se basó en la comprobación objetiva de la comisión de las faltas graves tipificadas en los literales a) y f) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (en adelante, "LPCL").

El señor Cornejo Alvarado publicó y difundió expresiones injuriantes respecto de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos a través de Facebook. Esta es la única causa de su despido.

Negamos expresamente que el despido haya sido una represalia por su condición de Secretario de Defensa del Sindicato o cualquiera de los demás motivos prohibidos mencionados en la demanda y su subsanación.

- **AFIRMACIÓN FALSA:** *RIPLEY ingresó ilegalmente al perfil de Facebook del señor Cornejo Alvarado.*

Las expresiones injuriantes citadas durante el procedimiento de despido del señor Cornejo Alvarado figuran en su perfil de Facebook de acceso público y no restringido, al que puede acceder cualquier persona con una cuenta en Facebook.

El Dr. Ricardo Fernandini Barreda, Notario Público de Lima, constató que la señora María del Carmen Miniza Stoll, Sub Gerente de Relaciones Laborales de RIPLEY, pudo acceder a estas expresiones utilizando su cuenta de Facebook y, no la de un tercero, a pesar de no "ser amiga" o tener como contacto al señor Cornejo Alvarado.

En consecuencia, es falso que se haya producido un acto de transgresión informática (hacked).

- AFIRMACIÓN FALSA: Las expresiones injuriantes de un trabajador en Facebook no pueden justificar su despido.

Facebook no es un espacio alejado de la vida social o irreal. Por el contrario, se trata de un medio de comunicación social en el que los actos de los usuarios tienen las mismas consecuencias que los actos de las personas en la vida convencional.

De ahí que existe la posibilidad de que Facebook sirva como plataforma para la comisión de faltas graves laborales (como la injuria) e incluso delitos (como la difamación agravada).

En sede nacional, el juez superior TOLEDO TORIBIO explica que un trabajador podrá ser despedido válidamente por sus expresiones injuriantes en Facebook "cuando se comprometa el principio de jerarquía o afecte el necesario respeto que se debe guardar a sus compañeros de trabajo y, en particular, a sus superiores".¹

¹ TOLEDO TORIBIO, Omar. "El Facebook y el Derecho Laboral". En: *Derecho Procesal Laboral. Principios y competencia en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497*. Lima: GRIJLEY, 2011, p. 131.

• AFIRMACIÓN FALSA: La publicación y difusión de expresiones injuriantes a través de Facebook se enmarcan en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

El señor Cornejo Alvarado no ejerció su derecho a la libertad de expresión cuando publicó y difundió expresiones injuriantes respecto de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos.

Cuando se lesiona el derecho al honor de una o más personas mediante la publicación y difusión de expresiones injuriantes como "reconcha de su madre", "basura", "desahuévate mierda", "imbécil", "incompetentes amaestrados" y "esas mierdas" no se ejerce el derecho a la libertad de expresión. //

En otras palabras, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho sin límites o prevalente respecto del derecho al honor, que habilite a las personas a insultar a terceros.

• AFIRMACIÓN FALSA: El señor Cornejo Alvarado no conocía el contenido del Reglamento Interno de Trabajo de RIPLEY.

Es absurdo que el señor Cornejo Alvarado afirme que no conocía el contenido del Reglamento Interno de Trabajo (en adelante, "RIT") de RIPLEY. Recordemos que se trata de un dirigente sindical con casi seis años de servicios. //

Todos sus cuestionamientos respecto de la segunda falta grave que se le imputó se relacionan a un aspecto meramente formal, que no descarta el conocimiento del contenido del RIT de RIPLEY: la supuesta falta de entrega de una copia de la última versión del RIT. Cabe anotar que la carta notarial de preaviso vino acompañada de una copia legalizada de la Declaración Jurada de Conocimiento del RIT de fecha 23 de julio de 2007, debidamente firmada por el señor Cornejo Alvarado. //

No obstante lo anterior, corresponde recalcar que el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo de RIPLEY -disposición que fue inobservada de manera grave por el señor Cornejo Alvarado- parafrasea la falta grave tipificada en el literal f) del artículo 25 de la LPCL. En otras palabras, el alegado

RIT

desconocimiento del contenido del RIT de RIPLEY no descarta la configuración de una falta grave que justifica el despido.

- AFIRMACIÓN FALSA: El señor Cornejo Alvarado fue despedido por pulsar la opción de "Me gusta".

La imputación realizada por RIPLEY abarca conductas ilícitas distintas al pulsado de la opción de "Me gusta". Al reducir el ámbito de la imputación de esta manera, el señor Cornejo Alvarado continúa realizando afirmaciones inexactas y pretende confundir a su Juzgado.

En suma, queremos dejar sentado que, al amparo de lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, "NLPT"), negamos expresamente los hechos expuestos en la demanda que directa o indirectamente se vinculan con las afirmaciones e insinuaciones mencionadas anteriormente.

II. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

2.1. Los hechos del caso

- El lunes 8 de abril de 2013, el señor Cornejo Alvarado publicó en su perfil de Facebook una fotografía del señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de RIPLEY, y la señora Patricia Subauste, Gerente de Recursos Humanos de RIPLEY, a la que agregó la siguiente frase: "OYE NORBERTO Y SI EN VEZ DE DECIR CRECER, CRECER, CRECER (...) MEJOR DECIMOS HAY QUE PAGAR, PAGAR, PAGAR".

La sumilla de dicha publicación fue la siguiente: "Seguimos esperando ese gesto señores de la empresa". Además, etiquetó (es decir, incluyó) a diversos usuarios de la red social, tales como Sutragrisad Ripleyperu y Sutragrisa Sindicato Unico Ripley Peru.

Nueve (9) usuarios pulsaron la opción de "Me gusta" en esta publicación, cuatro (4) la compartieron en sus respectivos perfiles y tres (3) la comentaron, en los siguientes términos:

El usuario San Miguel es Sutragrisa, comentó (8 de abril a las 12:07): "PAGAR, PAGAR, PAGAR TODO LO QUE DEBEMOS".

El usuario Williams Guerra, comentó (8 de abril a las 15:33): "ese rcsm!!!! como no lo deportan por basura!!!!" (sic).

El usuario Grads Ac, comentó (8 de abril a las 20:18): "peor q chileno" (sic).

- El mismo lunes 8 de abril de 2013, el señor Cornejo Alvarado compartió en su perfil de *Facebook* un fotomontaje del señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de RIPLEY, acompañado por Natalia Málaga y el artista "Melchochita", en el que todos llevaban puesta la camiseta de la selección peruana, y en el que los personajes mencionados se dirigían de la siguiente manera al señor Norberto Rossi:

Natalia Malaga: "*Son trabajadores no colaboradores.. desahuevate mierda!!!!*" (sic).

"Melchochita": "*Quitate esa camisetaIMBECIL!!!!!!*" (sic).

Dicho fotomontaje había sido publicado originalmente en el perfil de *Facebook* del usuario SUTRAGRISA RIPLEY-MAX LOS OLIVOS el mismo día.

La sumilla de dicha publicación fue la siguiente: "*Conferencia de prensa.... Para variar las chicas del voley estaban ganando todos sus partidos, despues de ese dia perdieron 3 veces seguidas.*"

- El martes 9 de abril de 2013, el señor Cornejo Alvarado publicó en su perfil de *Facebook* una fotografía de una mano sosteniendo una tarjeta con la palabra "INCOMPETENTE" en mayúsculas.

La sumilla de dicha publicación fue la siguiente: "*¿A quién se le cayó esta tarjeta? ¿En que oficina puedo dejarla? .*"(sic). Además, etiquetó (es decir, incluyó) a diversos usuarios de la red social, tales como Sutragrisa y Ripleyperu y Sutragrisa Sindicato Unico Ripley Peru.

Seis (6) usuarios pulsaron la opción de "Me gusta" en esta publicación y nueve (9) la comentaron, siendo los comentarios más ofensivos los siguientes:

El usuario Sutragrisa Sindicato Unico Ripley Peru (9 de abril a las 13:15), comentó: "*De seguro se perdió del área de RELACIONES LABORALES, sin contar qu toda las gerencias deben tenerla...*" (sic). Dicho comentario recibió un (1) "Me gusta".

El usuario Rigó Busik Aguilar Escobar, comentó (10 de abril a la 1:14): "*Déjalo a cualquier secretaria que ellas se las van a entregar a sus gerentes, por que allí es donde corresponde*" (sic). El señor Cornejo Alvarado pulsó la opción de "Me gusta" en este comentario.

El usuario SUTRAGRISA RIPLEY-MAX LOS OLIVOS, comentó (10 de abril a la 1:55): "*INCOMPETENTES AMAESTRADOS. CUANDO PASEN CERCA DE UN SUPERVISOR NUEVO DIGAN... AVER HASTE EL MUERTITO. VERAS LO QUE PASA*" (sic). Dicho comentario recibió tres (3) "Me gusta". Uno de ellos fue del señor Cornejo Alvarado.

El usuario Jhover Trujillo, comentó (10 de abril a las 22:46): "*Si muchos se demorar esas mierdas me llega un par de incompetentes..... En plaza norte hay varios incompetentes en sus cargos de supuestos supervisores???*" (sic). El señor Cornejo Alvarado pulsó la opción de "Me gusta" en este comentario.

- Los hechos descritos fueron constatados por el Dr. Ricardo Fernandini Barreda, Notario Público de Lima, los días viernes 12, lunes 15 y martes 16 de abril de 2013. Para efectos de la constatación, se utilizó la cuenta de Facebook de la señora María del Carmen Miniza Stoll, Sub Gerente de Relaciones Laborales de RIPLEY.

Cabe mencionar, que el señor Cornejo Alvarado no forma parte de la lista de contactos ("amigos") de esta persona, lo que también ha sido constatado por el Notario referido. Esto demuestra que su perfil de Facebook es de acceso público y no restringido, y que, por ende, cualquier persona del mundo (incluidos clientes y proveedores de RIPLEY) podía acceder a las expresiones injuriantes anteriormente citadas.

- El lunes 22 de abril de 2013, procedimos a notificar la carta notarial de preaviso. Dicha carta cumplió con todas las exigencias previstas en el artículo 31 de la LPCL.
- El mismo lunes 22 de abril, el señor Cornejo Alvarado reconoció -a través de su cuenta de *Twitter* (incubo_84)- que las expresiones injuriantes que publicó y difundió son insultos.

Refiriéndose a un comunicado publicado por RIPLEY a través de su cuenta de *Twitter* (que cita tres de las expresiones injuriantes mencionadas), señaló:

- "@rmapalacios ninguno de esos insultos son míos, porque (sic) se me despide @RipleyenPeru" (sic).

- "Señora RM Palacios, ninguno de los insultos que Ripley pone en su comunicado son míos, porque me despiden. ¿por dar <<me gusta>>?" (sic).

- El jueves 25 de abril de 2013, el señor Cornejo Alvarado presentó su carta de descargo.
- El martes 30 de abril de 2013, procedimos a notificar la carta notarial de despido por la comisión de faltas graves. Dicha carta cumplió con todas las exigencias previstas en el artículo 32 de la LPCL.

2.2. Las actas notariales que constataron las expresiones injuriantes publicadas y difundidas por el señor Cornejo Alvarado en *Facebook* son medios probatorios válidos

En más de una oportunidad, el señor Cornejo Alvarado afirma que su despido se basa en "fotografías y expresiones o comentarios que aparece en el Facebook al cual ingreso ilegalmente la empresa mediante su Sub Gerente y responsable legal de toda esta política antilaboral y antisindical implementada en la empresa"² (sic).

² Página 6 de la demanda.

De esta forma, insinúa que los medios probatorios que acreditan la comisión de las faltas graves imputadas por RIPLEY son ilícitos. Sin perjuicio de ello, debemos resaltar que el señor Cornejo Alvarado nunca niega que (i) los hechos existen (las expresiones injuriantes que publicó y difundió en Facebook); y, (ii) las faltas graves imputadas se encuentran tipificadas en la Ley (concretamente en los literales a) y f) del artículo 25 de la LPCL).

Ahora bien, de los hechos del caso se desprende que RIPLEY no accedió ilegalmente al perfil de Facebook del señor Cornejo Alvarado. Como ya se ha explicado:

- (i) Las expresiones injuriantes publicadas y difundidas por el señor Cornejo Alvarado constan en su perfil de Facebook de acceso público y no restringido. Esto significa, como lo explican el informe pericial emitido por el Magister Eduardo Villanueva Mansilla y la política de uso de datos de Facebook, que cualquier persona con una cuenta de Facebook puede acceder a ellas, reiteramos, por ser públicas.
- (ii) - El Dr. Ricardo Fernandini Barreda, Notario Público de Lima, constató que la señora María del Carmen Miniza Stoll, Sub Gerente de Relaciones Laborales de RIPLEY, accedió a estas expresiones utilizando su cuenta de Facebook, a pesar de no tener al señor Cornejo Alvarado en su lista de contactos (no eran "amigos" en la red social). Ello ratifica que las expresiones injuriantes publicadas y difundidas por el señor Cornejo Alvarado constan en su perfil de Facebook de acceso público y no restringido.

En segundo lugar, como se desprende del informe pericial emitido por el Magister Eduardo Villanueva Mansilla, Facebook no es un espacio alejado de la vida social o irreal. Por el contrario, se trata de un medio de comunicación social en el que los actos de los usuarios tienen las mismas consecuencias que los actos de las personas en la vida convencional.

Por ello, los comportamientos ilícitos cometidos a través de Facebook sí tienen consecuencias jurídicas, ya que no se trata de un espacio exento de control. En sede nacional, esto ha sido ratificado por el magistrado TOLEDO TORIBIO quien explica que un trabajador podrá ser despedido válidamente por sus expresiones injuriantes en Facebook "cuando se comprometa el principio de jerarquía o afecte el necesario respeto que se debe guardar a sus compañeros de trabajo y, en particular, a sus

superiores³. También ha sido ratificado por el Dr. Iván Meini Méndez, cuya pericia está siendo ofrecida como medio probatorio.

Por otro lado, también es falsa la afirmación del señor Cornejo Alvarado en el sentido que "(...) de acuerdo a uniformes pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, tanto nacionales como extranjeros, estas expresiones del Facebook no son consideradas medio probatorio validos para justificar un despido de un trabajador (...)"⁴ (sic), ya que, como se desprende del análisis comparado realizado en el artículo titulado "Redes sociales y el despido sanción" publicado por los doctores María del Rocío Carro Hernández y Gabriel Espinoza C., existe vasta jurisprudencia internacional que valida el despido de un trabajador cuando este lesiona el honor a través de Facebook.

Ojo
Esto no
se debe
hacer con
abogado de la
otra parte.

En tercer lugar, existen pruebas que acreditan la comisión de las faltas graves imputadas al señor Cornejo Alvarado. En efecto, para acreditar el hecho de que publicó y difundió expresiones injuriantes y lesivas al honor en *Facebook*, contamos con constataciones notariales que fueron realizadas desde la cuenta de *Facebook* de la señora María del Carmen Miniza Stoll, Sub Gerente de Relaciones Laborales de RIPLEY, las cuales fueron adjuntadas a la carta de preaviso. Así, pues, el señor Cornejo Alvarado tomó conocimiento de todas las pruebas que acreditaban la comisión de las faltas graves imputadas de manera oportuna, por lo que pudo ejercer plenamente su derecho de defensa.

Sumado a lo anterior, también acreditan la comisión de las faltas graves imputadas las propias afirmaciones del señor Cornejo Alvarado, contenidas tanto en su carta de descargo como en su demanda.

En suma, está probado que: (i) el demandante publicó y difundió expresiones injuriantes y lesivas al honor desde su perfil de *Facebook*; y, (ii) estas expresiones injuriantes constan en su perfil de *Facebook* de acceso público y no restringido, de modo que cualquier persona con una cuenta de *Facebook* podía acceder a ellas.

2.3. Las expresiones injuriantes publicadas y difundidas por el señor Cornejo Alvarado en Facebook justifican su despido

³ TOLEDO TORIBIO, Omar. *loc cit.*

⁴ Página 7 de la demanda.

Según el señor Cornejo Alvarado, su despido no sería válido porque se sustentaría en "(...) frases o expresiones desarrolladas en el Facebook que de ninguna manera pueden ser consideradas <<Faltas graves>> por ser expresiones dichas en el marco de la libertad de expresión (...)"⁵. Ello es falso, ya que "cuando se lesiona al honor no se ejerce libertad de expresión, de opinión o de información"⁶.

2.3.1. El faltamiento de palabra y la injuria como faltas graves laborales

BLANCAS BÚSTAMENTE y ALONSO GARCÍA explican que "el faltamiento de palabra, verbal o escrita, a que se refiere la ley, es <<(...) la expresión insultante, de palabra o por escrito, que supone desprecio, falta de consideración y respeto>>"⁷ (el énfasis es nuestro).

Por su parte, la doctrina ha establecido lo siguiente con respecto a la injuria como falta grave laboral:

"(...) la mención expresa de la <<Injuria>> como uno de los supuestos de hecho de la falta grave tipificada por el inciso f) del Art. 25 LPCL, no agregaría una conducta sancionable sustancialmente distinta a las ya contempladas por esta norma, teniendo, por tanto, dicha mención un carácter reiterativo destinado, al parecer, a reforzar esta figura infractora, refiriendo todos los elementos y conceptos que pudieran identificar la conducta que ella proscribe" (el énfasis es nuestro).

Siendo ello así, sobre la base de los informes periciales emitidos por el Magister Eduardo Villanueva Mansilla y el Dr. Iván Meini Méndez, explicaremos las razones por las cuales el señor Cornejo Alvarado ha incurrido en las faltas graves imputadas.

2.3.2. El señor Cornejo Alvarado cuestionó, sin ningún sustento, la legitimidad y moralidad de las actuaciones de RIPLEY

Según lo establecido en la Casación No. 1938-98 LIMA, se configura la falta grave prevista en el literal f) del artículo 25 de la LPCL, "(...) mediante dichos

⁵ Página 5 de la demanda.

⁶ MEINI MÉNDEZ, Iván. "La tutela penal del honor". En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de derecho penal*. Lima: Ara, 2009, p. 356.

⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Jurista Editores, 2013, p. 257.

⁸ *Idem*, p. 263.

que pongan en cuestión la honorabilidad de la contraparte o la legitimidad o legalidad de sus actos;

El lunes 8 de abril de 2013, el señor Cornejo Alvarado publicó en su perfil de Facebook una fotografía del señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de RIPLEY, y la señora Patricia Subauste, Gerente de Recursos Humanos de RIPLEY, a la que agregó la siguiente frase: "OYE NORBERTO Y SI EN VEZ DE DECIR GRECER, CRECER, CRECER (...) MEJOR DECIMOS HAY QUE PAGAR, PAGAR, PAGAR". La sumilla de dicha publicación fue la siguiente: "Seguimos esperando ese gasto señores de la empresa".

Dicho comentario constituye una insinuación insidiosa, ya que negligentemente se imputa una supuesta deuda a RIPLEY, sin hacer referencia a cuánto ascendería, ni a quiénes involucraría. Lo que es peor, ni siquiera se señala qué es lo que fundamentaría y/o acreditaría el supuesto adeudo.

Se debe tener en cuenta que "(...) todo informador tiene el deber de adoptar las mínimas diligencias sobre la veracidad de lo que va a transmitir, lo que de ninguna manera importa una privación de la libertad de informar"⁹. Ello, en atención a que "la protección que el ordenamiento jurídico le dispensa al honor consiste simplemente en que el resto de personas nos reconozca como aquello que nuestros actos libres, voluntarios y responsables hacen de nosotros"¹⁰. En el mismo sentido, el Acuerdo Plenario No 3-2006/CJ-116 ha establecido lo siguiente:

"No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carantes de toda constatación e meras invenciones o insinuaciones insidiosas" (el énfasis es nuestro).

Por lo expuesto, la publicación realizada por el señor Cornejo Alvarado lesiona el honor, ya que ha cuestionado la legalidad y honorabilidad de las actuaciones de RIPLEY, pues la imputación de una supuesta deuda no se fundamenta en el comportamiento libre, voluntario y responsable de RIPLEY. En este sentido, se trata de una supuesta "información" transmitida por el señor Cornejo Alvarado sin

⁹ Sentencia recaída en el Expediente No. 1410-98-Lima, de fecha 14 de diciembre de 1998.

¹⁰ MEINI MÉNDEZ, Iván. *op. cit.* En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de derecho penal*. Lima: Ara, 2009, p. 348.

observar la diligencia debida, de modo que constituye un faltamiento de palabra y/o injuria en perjuicio de su empleador.

2.3.3. El señor Cornejo Alvarado realizó publicaciones ofensivas e injuriantes respecto de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos

El martes 9 de abril de 2013, el señor Cornejo Alvarado publicó en su perfil de Facebook una fotografía de una mano sosteniendo una tarjeta con la palabra "INCOMPETENTE" en mayúsculas. La sumilla de dicha publicación fue la siguiente: "¿A quién se le cayó esta tarjeta? ¿En que oficina puedo dejarla?" (sic)

Tal y como se desprende del informe pericial emitido por el Dr. Iván Meini Méndez, "incompetente" significa ausencia de "pericia, aptitud, idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado"¹¹. En el presente caso, dicho calificativo ha sido empleado para desacreditar a quien ocupa un cargo de dirección en una empresa transnacional, sin que se haya empleado la diligencia debida que impone el criterio de veracidad del test de ponderación, de modo que se configura una lesión al honor.

Sumado a ello, no se puede perder de vista que el señor Cornejo Alvarado ha señalado públicamente que RIPLEY contaría con personal incompetente lo cual, evidentemente, lesiona el honor de sus compañeros de trabajo. Por ello, la publicación realizada por el señor Cornejo Alvarado constituye un faltamiento de palabra y/o injuria en perjuicio de sus compañeros de trabajo y de sus superiores jerárquicos.

Finalmente, se deba tener en cuenta que al momento de formular sus descargos, el señor Cornejo Alvarado no negó que calificar a una persona de "incompetente" sea injurioso, agravante y ofensivo; por el contrario, se limitó a señalar que en su publicación no hacía mención expresa a ningún miembro de la empresa.

¹¹ Derivado de competente, vid, Diccionario RAE, segunda acepción del término competencia.

Al respecto, saludamos que el demandante haya reconocido que calificar a una persona de "incompetente" es injurioso, agravante y ofensivo; sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que es evidente que si se refería al personal de RIPLEY, ya que: (i) el señor Cornejo Alvarado era trabajador de RIPLEY; (ii) preguntó en qué oficina podía dejar la tarjeta con la palabra "INCOMPETENTE" en mayúsculas; y, (iii) dirigió dicha pregunta a los usuarios de Facebook de las organizaciones sindicales de RIPLEY como Sutragrisacd Ripleyperu y Sutragrisa Sindicato Unico Ripley Peru. Lo que es peor, y conforme desarrollaremos en extenso más adelante, un usuario hizo referencia expresa a una de las sucursales de RIPLEY¹² y otro a las gerencias de RIPLEY¹³, ante lo cual el demandante incluso decidió pulsar la opción de "Me gusta", quedando claro a quiénes se refería con dicha publicación.

2.3.4. El señor Cornejo difundió expresiones injuriosas respecto de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos

Con relación al fotomontaje en el que aparecen el señor Norberto Rossi (Director Ejecutivo de RIPLEY), Natalia Malaga y el artista "Melcochita", no cabe duda de que compartir y difundir públicamente una imagen manipulada en la que personas se dirigen al Director Ejecutivo de RIPLEY diciéndole "desahúvate mierda" y que es un "imbécil", no sólo afecta el honor y la buena reputación de esta persona, sino -en general- la imagen de la empresa frente a la opinión pública.

Imagen de la empresa

Ello ha sido ratificado por el Dr. Iván Meini Méndez quien en su informe pericial ha señalado que:

"No podría entenderse que se trata de una broma, a pesar que se utilizan figuras públicas (Natalia Málaga y Pablo Villanueva (a) <<Melcochita>>) y se las vincula a frases que suelen proferir. Pues, en realidad, se trata a todas luces de una descontextualización de las frases <<desahúvate mierda>> e <<imbécil!!!!>>, y además se vinculan a personas que no se desenvuelven personal ni profesionalmente en el ámbito al que pertenecen las frases (funcionarios de la empresa Ripley). En tal sentido, al haber sido sacadas de su contexto original (broma, burla) para calificar el desempeño profesional en el ámbito privado de una persona, y siendo que las frases contienen insultos, se trata de una lesión penal al honor."

¹² "(...) En plaza norte hay varios incompetentes en sus cargos de supuestos supervisores???" (sic).

¹³ "De seguro se perdió delarea de RELACIONES LABORALES, sin contar qu toda las gerencias deben tenerla..." (sic) y "Déjalo a cualquier secretaria que ellas se las van a entregar a sus gerentes, por que allí es donde corresponde" (sic)."

Asimismo, el uso de insultos dirigidos al Director Ejecutivo de RIPLEY deja fuera de cualquier discusión la configuración del faltamiento de palabra y/o injuria en el presente caso, ya que el Acuerdo Plenario No. 3-2006/CJ-116 ha establecido expresamente que el empleo de insultos y expresiones vejatorias constituye una lesión al honor y, en ningún caso, califica como ejercicio de libertad de expresión.

Finalmente, es preciso enfatizar que el señor Cornejo Alvarado es responsable por haber compartido (difundido) las expresiones injuriantes a las que hemos hecho referencia, puesto que, conforme se señala en el informe pericial emitido por el Dr. Iván Meini Méndez, "(...) quien en Facebook difunde comentarios que califican como delitos contra el honor, aun cuando hayan sido realizados por otras personas, responde penalmente como autor del delito contra el honor (...)".

2.3.5. El señor Cornejo Alvarado permitió que terceros realizaran comentarios injuriantes, agraviantes y ofensivos a través de su cuenta de *Facebook*.

Con motivo de las publicaciones que el señor Cornejo Alvarado realizó y/o difundió en su perfil de *Facebook*, otros usuarios realizaron comentarios injuriantes, agraviantes y ofensivos respecto de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos.

Nos referimos a los siguientes comentarios:

- "ese R^CS^M!!! Como no lo deportan por basura" (sic): Este comentario fue realizado por un tercero en la fotografía publicada por el demandante en la que aparecen el señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de la RIPLEY, y la señora Patricia Subauste, Gerente de Recursos Humanos de RIPLEY. Así, pues, el señor Cornejo Alvarado permitió que a través de su perfil de *Facebook* se calificara al Director Ejecutivo de RIPLEY como un "reconcha de su madre" a quien deberían deportar por "basura".
- "INCOMPETENTES AMAESTRADOS, cuándo pasen cerca de un supervisor nuevo digan...AVER HASTE EL MUERTITO VERAS LO QUE PASA" (sic): Este comentario fue realizado por un tercero en la

publicación realizada por el señor Cornejo Alvarado en la que se aprecia una mano sosteniendo una tarjeta con la palabra "INCOMPETENTE" en mayúsculas. De esta forma, el señor Cornejo Alvarado permitió que a través de su perfil de *Facebook* se calificara de "incompetentes amaestrados" a los supervisores de RIPLEY.

- "Si muchos se demorar esas mierdas..me llega un par de incompetentes..... En plaza norte hay varios incompetentes en sus cargos de supuestos supervisores???" (sic). Este comentario también fue realizado por un tercero en la publicación realizada por el señor Cornejo Alvarado en la que se aprecia una mano sosteniendo una tarjeta con la palabra "INCOMPETENTE" en mayúsculas. En ese sentido, el señor Cornejo Alvarado permitió que a través de su perfil de *Facebook* se calificara de "mierdas" e "incompetentes" a los supervisores de la sede Plaza Norte.

El propio señor Cornejo Alvarado ha reconocido que dichos comentarios son insultos. En efecto, el día 22 de abril de 2013 el demandante publicó un tuit en el que falsamente afirmaba lo siguiente: "Era de esperarse, RIPLEY me acaba de despedir por reclamarles mis derechos como trabajador"¹⁴ (el énfasis es nuestro). Dicho tuit motivó que RIPLEY emitiera un comunicado explicando que se había dado inicio al procedimiento de despido de tres (3) trabajadores, el cual reproducía algunos de los insultos antes mencionados. Ante ello, el mismo 22 de abril de 2013, el demandante publicó los siguientes tuits: "@rmapalacios¹⁵ ninguna de esos insultos son míos, porque se me despide @RipleyenPerú" (sic) (el énfasis es nuestro) y "Señora RM Palacios, ninguno de los insultos que Ripley pone en su comunicado son míos, porque me despiden. ¿por dar <<me gusta>>?" (sic) (el énfasis es nuestro).

De esta forma, y tomando las conclusiones del Acuerdo Plenario No. 3-2006/CJ-116, en vista de que el propio señor Cornejo Alvarado ha calificado los comentarios antes listados como insultos, su publicación y/o difusión no implica el ejercicio de la libertad de expresión sino una lesión al honor.

¹⁴ Esto es falso porque el demandante no fue despedido el 22 de abril de 2013. Ese día se le cursó la carta notarial de preaviso de despido.

¹⁵ Cabe señalar que este es el usuario de la periodista Rosa María Palacios, quien el día 22 de abril de 2013 publicó en su cuenta de *Twitter* que había bloqueado al usuario del señor Cornejo Alvarado debido a que este la había insultado en anteriores oportunidades.

Dicho esto, el señor Cornejo Alvarado es responsable de que a través de su perfil de *Facebook* otros usuarios publiquen y/o realicen comentarios injuriantes, agraviantes, y ofensivos que lesionan el derecho al honor de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos. Sin perjuicio de que este tema se encuentra ampliamente desarrollado en ambos informes periciales que ofrecemos como medios probatorios, debemos señalar que el señor Cornejo Alvarado tenía el control de las publicaciones realizadas en su perfil de *Facebook* y que, en lugar de eliminarlas, optó por mantenerlas, situación idéntica a la que se presenta cuando a través de un diario, canal de televisión y/u otro medio de comunicación social se realizan comentarios agraviantes y el dueño, editor y/o productor decide mantener y/o insistir en su publicación.

En buena cuenta, el señor Cornejo Alvarado mantenía una posición de garante¹⁶ respecto de los comentarios ilícitos realizados en su perfil de *Facebook*¹⁷, figura jurídica sobre la que se ha planteado el siguiente ejemplo: "(...) la madre que permanece pasiva mientras su esposo abusa sexualmente de la hija menor de edad, omite impedir el hecho punible <<violación a la libertad sexual>> que realiza su esposo"¹⁸. En el caso del señor Cornejo Alvarado, él se mantuvo pasivo mientras, a través de su *Facebook*, terceros lesionaron el honor de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos, mediante comentarios que él mismo ha calificado como insultos.

Ahora bien, adicionalmente se debe tener en cuenta que el señor Cornejo Alvarado no solo mantuvo una postura pasiva respecto de tales comentarios sino que, conforme se desprende de nuestros medios probatorios, así como de su escrito de demanda, manifestó expresamente su aprobación a tales calificativos al pulsar la opción de "Me gusta". De tal forma, ello ahonda aún más en su responsabilidad, ya que: (i) no podrá alegar en este proceso que no tenía conocimiento de los insultos realizados a través de su *Facebook*, y, (ii) motivó y aprobó dichos comentarios.

¹⁶ Al respecto: MEINI MÉNDEZ, Iván. "Comisión por omisión". En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de derecho penal*. Lima: Ara, 2009, pp. 35-63.

¹⁷ Respecto del control del demandante sobre los comentarios realizados por terceros en su *Facebook*, revisar el informe pericial emitido por el Magister Eduardo Villanueva Mansilla que ofrecemos como medio probatorio.

¹⁸ *Ibid.*, p. 44.

Por todo esto, es que el Dr. Iván Meini Méndez, tras analizar los comportamientos del señor Cornejo Alvarado imputados como faltas graves, ha concluido en su informe pericial que este ha cometido delitos contra el honor.

2.3.6. Sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta

Según BLANCAS BUSTAMANTE, es necesario recurrir a la calificación prevista en el artículo 130 del Código Penal para poder determinar la configuración de la falta grave laboral que ha cometido el señor Cornejo Alvarado. Al respecto, el autor citado ha señalado lo siguiente:

"En efecto, conforme al tipo penal de esta figura, al que es preciso recurrir ante la simple referencia de la LPCL a la <<injuria>> sin entrar aquella a definir el contenido que este podría tener en el ámbito laboral, debe entenderse que comete este delito <<El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho>>, según el tenor del Art. 130 del Código Penal"¹⁹ (el énfasis es nuestro).

No obstante lo mencionado, se debe tener en cuenta que, según la opinión del perito experto que ha analizado los hechos de este caso, el comportamiento del señor Cornejo Alvarado califica como el delito más grave contra el honor previsto en el Código Penal. En efecto, el comportamiento del señor Cornejo Alvarado califica como una difamación agravada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 132 del Código Penal²⁰ ya que las expresiones injuriantes han sido publicadas y difundidas a través de Facebook, que es un medio de comunicación social.

Esto quiere decir, que las expresiones injuriantes publicadas y difundidas por el señor Cornejo Alvarado exceden el concepto de injuria y califican como un comportamiento más lesivo -el más lesivo, en realidad- contra el honor de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos. Siendo ello así, la sanción aplicada es proporcional a las faltas graves laborales cometidas.

¹⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *óp. cit.*, p. 261.

²⁰ "Artículo 132 del Código Penal: El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días-multa. Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa. Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa" (el énfasis es nuestro).

En primer lugar, se debe tener en cuenta que "compete al Derecho Penal la defensa, frente a los ataques más graves, de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales"²¹ (el énfasis es nuestro). De esta forma:

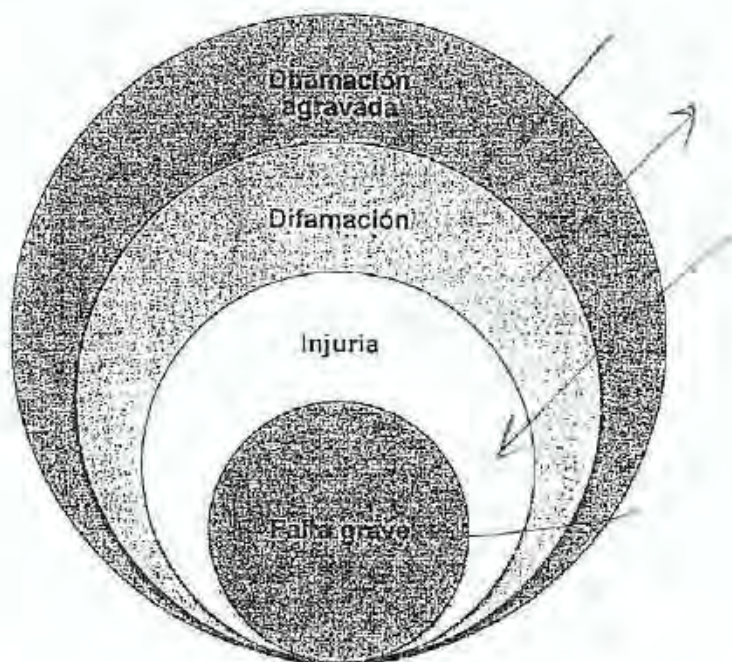
"(...) quien comete un delito no solo daña los mínimos indispensables que fija la sociedad con el fin de posibilitar su funcionamiento (bienes jurídicos penales) sino que, además, realiza el daño de la forma más perjudicial. Así las cosas, podemos afirmar que todo comportamiento señalado como delito debe ser considerado como el acto más lesivo y despreciable que pueda realizar un sujeto dentro de la sociedad"²² (el énfasis es nuestro).

Como en el presente caso, los mismos hechos (expresiones injuriantes que lesionan el honor) califican jurídicamente como un delito, necesariamente nos encontramos frente a una falta grave laboral que justifica el despido.

En segundo lugar, encontramos que el señor Comejo Alvarado no solo ha lesionado el honor de terceros a través de las expresiones injuriantes que publicó y difundió (delito de injuria) sino que, al haberlo hecho de forma pública y a través de un medio de comunicación social como el *Facebook*, ha cometido el delito de difamación agravada. Es decir, ha lesionado el honor de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos de la forma más grave prevista en el Código Penal, de manera que es proporcional aplicar la sanción del despido:

²¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal". En: Revista de la Facultad de Derecho de la Facultad de la Universidad Complutense de Madrid, No. 63, 1981, p. 139.

²² UGAZ OLIVARES, Mauro y HIGA GARCÍA, Alfonso. "La condena penal por delito doloso como causa justa de despido en el régimen laboral privado". En: Ius et veritas No. 43, p. 187.



En tercer lugar, se debe tener en cuenta que en el Considerando Quinto de la Casación No. 1938-98 LIMA, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido que:

"(...) la Ley Laboral ha definido como falta grave a la injuria sin distinción o condicionamiento adicional, siendo menester aceptar entonces que, en ella, es suficiente únicamente que la injuria se encuentra presente, con prescindencia de su gravedad como tal, para que se configure la causal de despido, pues su sola aparición implica la existencia de la falta" (el énfasis es nuestro).

Por todo lo expuesto, el despido del señor Cornejo Alvarado es proporcional a las faltas graves cometidas, ya que, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia de la República haya sentado el criterio de que la sola injuria -sin importar su gravedad- justifica el despido, un experto en materia penal ha determinado que el comportamiento del señor Cornejo Alvarado califica como una difamación agravada (que, en términos de la normativa laboral, vendría a ser la injuria más grave).

Finalmente, si el señor Cornejo Alvarado ha realizado un comportamiento que califica como un ilícito penal por haber lesionado de la forma más grave posible el honor de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos, no cabe duda de que ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y, a su vez, ha inobservado gravemente lo dispuesto por el artículo 74 del RIT de RIPLEY, según el cual:

"Es obligación de todos los empleados tratar respetuosamente a sus superiores, compañeros de trabajo y público en general, consiguientemente, les está prohibido cualquier forma de trato que impliquen una falta de respeto o actos de naturaleza análoga o similar, que puedan perjudicar la buena imagen de RIPLEY" (el énfasis es nuestro).

2.4. El despido del señor Cornejo Alvarado no se basó en un motivo prohibido

Como hemos demostrado a lo largo de los acápites precedentes, el señor Cornejo Alvarado fue despedido por la comprobación objetiva de la comisión de las faltas graves tipificadas en los literales a) y f) de la LPCL, y no por un motivo prohibido que acarree la nulidad de su despido.

Hemos, pues, satisfecho la carga de la prueba que nos imponen los literales b) y c) del numeral 23.4 del artículo 23 de la NLPT, los cuales establecen que:

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

(...)

b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado

c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido" (el énfasis es nuestro).

Por el contrario, el señor Cornejo Alvarado no ha satisfecho la carga de la prueba que le impone el literal b) del numeral 23.3 del artículo 23 de la NLPT, el cual establece que:

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

(...)

b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido" (el énfasis es nuestro).

Lo anterior determina, desde ya, que la demanda deba ser declarada infundada. Cabe anotar, pues, que de ninguna manera basta que el señor Cornejo Alvarado haya tenido la condición de Secretario de Defensa del Sindicato y miembro del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo para que su despido sea nulo; menos aún si, como en el presente caso, existe abundante material probatorio que acredita que publicó y difundió expresiones injuriantes respecto de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos, incurriendo así en las faltas graves anteriormente mencionadas.

Sin perjuicio de lo señalado, estamos ofreciendo diversos medios probatorios que acreditan que nuestra empresa reconoce la representatividad del Sindicato y negocia

con este de manera constante. Asimismo, esta documentación demuestra que es falso que nuestra empresa tenga una política de hostilización de los dirigentes y afiliados del Sindicato, siendo que -por ejemplo- otorga facilidades sindicales (permisos y licencias) en un número mucho mayor al mínimo legal.

Ahora bien, refiriéndonos concretamente a los supuestos "indicios" de la nulidad del despido a los que alude el señor Cornejo Alvarado, en la demanda y su subsanación, debemos señalar brevemente lo siguiente:

- Condición de Secretario de Defensa del Sindicato y miembro del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo: Reiteramos que no basta que el señor Cornejo Alvarado haya sido Secretario de Defensa del Sindicato y miembro del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo para que su despido sea nulo. Los dirigentes sindicales o representantes de los trabajadores son, pues, pasibles de la imposición de sanciones (incluido el despido) si se comprueba objetivamente, como en este caso, que han cometido una falta laboral.
- Inexistencia de faltas graves imputadas por RIPLEY: Hemos demostrado que las faltas graves imputadas existen y que han sido acreditadas con medios probatorios válidos, idóneos y suficientes. Las afirmaciones del señor Cornejo Alvarado en el sentido que RIPLEY ha ingresado ilegalmente a su perfil de Facebook y que no es posible que se le sancione por su actividad en esta red social (aunque esta implique lesiones al honor de sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos), no tienen ningún asidero fáctico y/o legal.
- Denuncia ante la Autoridad Administrativa de Trabajo relacionada con la prohibición del uso del cintillo: A lo largo de la demanda y su subsanación, el señor Cornejo Alvarado alude -en más de una oportunidad- a su intensa actividad sindical. Sin embargo, se limita a ofrecer documentos relacionados con esta reciente denuncia ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. Al respecto, corresponde aclarar que: (i) hemos formulado los descargos correspondientes contra el Acta de Infracción No. 1186-2013 para que sea declarada nula o desestimada por la Sub-Dirección de Inspección Laboral correspondiente; (ii) el Décimo Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima ha concluido en una sentencia consentida y emitida en un proceso patrocinado por el abogado del señor Cornejo Alvarado (Expediente No. 8383-2013-0-1801-JR-LA-12), que el Acta de Infracción No. 1186-2013 es nula y que la prohibición del

uso del cintillo no constituye un acto antisindical; y, (iii) el señor Cornejo Alvarado ha iniciado un proceso judicial distinto a este (Expediente No. 8388-2013-0-1801-JR-LA-01), que se encuentra en trámite, en el que precisamente discute la validez de las sanciones que le fueron impuestas por el uso del cintillo. En otras palabras, este es un asunto de competencia exclusiva del Primer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima.

Cartas de suspensión por el uso del cintillo: Nos remitimos a lo expuesto en el punto anterior.

Denuncias en medios periodísticos: En efecto, el señor Cornejo Alvarado realizó una denuncia en el programa televisivo "Panorama" en el año 2011. Sin embargo, su despido se ha basado en la comprobación objetiva de la comisión de faltas graves casi dos años después de que se propagara el reportaje referido.

Cercanía entre el despido y la participación del señor Cornejo Alvarado en una "Cumbre Sindical" en Argentina: Este supuesto "indicio" queda desvirtuado de plano por el hecho de que la primera constatación notarial de las expresiones difamatorias publicadas y difundidas por el señor Cornejo Alvarado es del 14 de abril de 2013, es decir, antes de que RIPLEY siquiera tomara conocimiento de que el demandante iba a asistir al evento referido. Sin perjuicio de ello, como consta en los permisos y licencias sindicales que adjuntamos al presente escrito, RIPLEY jamás ha puesto trabas para que los dirigentes del Sindicato realicen las actividades sindicales que estimen convenientes. De ahí que les otorgue un número de permisos y licencias considerablemente mayor al mínimo legal. Es más, en el caso concreto de este evento, en vez de negar la licencia, esta fue concedida sin mayor cuestionamiento.

Publicación de RIPLEY en su cuenta de Twitter el 22 de abril de 2013: Como explicáramos previamente, es falso que RIPLEY haya tenido una predisposición a despedir al señor Cornejo Alvarado desde el momento en que le notificó la carta notarial de preaviso. Contrariamente a lo afirmado por el demandante, fue él quien señaló a través de su cuenta de Twitter que había sido despedido en dicha fecha; más bien, esta confusión generada por el señor Cornejo Alvarado, tuvo que ser aclarada por RIPLEY a través de su cuenta de Twitter, mediante la publicación de un comunicado en el que se indica expresamente que sólo se han

→ Poner en el informe que no cumple con el paso de inmediación

iniciado procedimientos disciplinarios a tres trabajadores por la comisión de faltas graves laborales.

Ahora bien, nos llama la atención que el señor Cornejo Alvarado insista en negar la fuerza o eficacia probatoria de sus conductas a través de *Facebook*, y al mismo tiempo pretenda utilizar una publicación de RIPLEY en *Twitter*, como supuesto "indicio" de la nulidad de su despido. La incoherencia de su planteamiento es manifiesta.

- Citaciones del Primer Juzgado de Paz Letrado de Lince por la comisión de faltas:
El señor Cornejo Alvarado se limita a adjuntar estas citaciones a su subsanación,
con lo que quiere dar a entender que RIPLEY habría promovido estas acciones
penales. Sin embargo, debemos aclarar que las mismas no fueron iniciadas a
propósito de una denuncia nuestra (por el contrario, hemos sido incorporados a
este proceso penal en calidad de "agraviados").

Mal fe procesal

En suma, como se puede advertir, todos los supuestos "indicios" invocados por el
señor Cornejo Alvarado no son idóneos ni suficientes para acreditar que el despido se
basó en un motivo prohibido. Esto, sin perjuicio de que existan medios probatorios
 contundentes que acreditan que el demandante cometió las faltas graves que le fueron
 imputadas por RIPLEY. Esto último es suficiente para descartar la existencia de un
 despido por represalia.

Para finalizar, queremos incidir en dos aspectos que deberían ser tomados en cuenta
por su Juzgado al momento de evaluar los argumentos expuestos en la demanda y su
subsanación:

- (i) El señor Cornejo Alvarado hace referencia al despido de dos trabajadores que
supuestamente habrían sido víctimas de los mismos actos arbitrarios que él. Nos
referimos a los señores Guillermo Armando Díaz Montesinos y Williams
Alexander Guerra Rodríguez.

En efecto, estos dos trabajadores fueron despedidos por la comisión de faltas
graves similares a las que cometió el señor Cornejo Alvarado (publicación y
difusión de expresiones injuriantes a través de *Facebook*). Ahora bien, lo que
 nos llama la atención, es que en el caso de la demanda interpuesta por el señor
 Guerra Rodríguez, el abogado que también patrocina al señor Cornejo Alvarado.

ha optado por formular una pretensión de reposición por despido fraudulento y no por despido nulo.

Esto demuestra que no ha existido ninguna motivación prohibida detrás del despido, ya que ante casos que -desde la propia versión del demandante- son iguales o parecidos, el mismo abogado ha optado por teorías del caso distintas. Y esto no es irrelevante, si reparamos en que los señores Díaz Montesinos y Guerra Rodríguez también son afiliados del Sindicato. Queda demostrado, pues, que en este caso se invoca la nulidad del despido por el solo hecho de que el señor Cornejo Alvarado fue dirigente sindical y no en atención a los hechos del caso.

- (ii) En paralelo al presente proceso, y con la única intención de generar un medio probatorio a su favor, el señor Cornejo Alvarado ha promovido el inicio de un procedimiento inspectivo que evalúe la validez de su despido (Orden de Inspección No. 7070-2013-MTPE/1/20.4).

De esta manera, desconoce la competencia de su Juzgado y que el presente proceso -por sus características- es el instrumento idóneo para resolver la controversia entre las partes.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 3.1. Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.
- 3.2. Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente proceso.
- 3.3. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR.
- 3.4. Casación No. 1938-98.
- 3.5. TOLEDO TORIBIO, Omar. "El Facebook y el Derecho Laboral". En: *Derecho Procesal Laboral. Principios y competencia en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497*. Lima: GRJLEY, 2011, pp. 125-131.

IV. MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN

Por convenir a nuestro derecho ofrecemos los siguientes medios probatorios:

- 4.1. Copia de la carta notarial de preaviso, de fecha 22 de abril de 2013, y sus anexos, con la que acreditamos que el señor Cornejo Alvarado cometió las faltas graves imputadas y que dicha carta cumple con todas las exigencias previstas en el artículo 31 de la LPCL.
- 4.2. Copia de la carta de descargo, de fecha 25 de abril de 2013, con la que acreditamos que el señor Cornejo Alvarado ejerció su derecho de defensa respecto de las imputaciones contenidas en la carta notarial de preaviso.
- 4.3. Copia de la carta notarial de despido por la comisión de faltas graves, de fecha 30 de abril de 2013, con la que acreditamos que RIPLEY respondió todos y cada uno de los argumentos contenidos en la carta de descargo del señor Cornejo Alvarado y que dicha carta cumple con todas las exigencias previstas en el artículo 32 de la LPCL.
- 4.4. Un DVD que contiene: (i) un video de la navegación -desde la cuenta de *Facebook* de la señora María del Carmen Miniza Stoll, Sub Gerente de Relaciones Laborales de RIPLEY- por los perfiles y publicaciones de *Facebook* de los usuarios Sutragrisa Sindicato Único Ripley Peru, Giancarlo Cornejo Alvarado, Williams Guerra, Guillermo Armando Díaz Montesinos y San Miguel es Sutragrisa, con el que acreditamos que las expresiones injuriantes publicadas y difundidas por el señor Cornejo Alvarado constan en su perfil de acceso público y no restringido, siendo falso que se haya producido un acto de transgresión informática (hackeo); (ii) un video de la navegación por el perfil y publicaciones de *Twitter* del usuario incubo_84 (el señor Cornejo Alvarado) y de la navegación -desde la cuenta de *Facebook* de la señora María del Carmen Miniza Stoll, Sub Gerente de Relaciones Laborales de RIPLEY- por los perfiles y publicaciones de *Facebook* de los usuarios Giancarlo Cornejo Alvarado y Guillermo Armando Díaz Montesinos, con el que acreditamos que el señor Cornejo Alvarado reconoció -a través de su cuenta de *Twitter*- que las expresiones injuriantes que publicó y difundió son insultos y que, después de recibir la carta notarial de preaviso, eliminó algunas de las publicaciones que fueron citadas en dicha comunicación; y, (iii) dos videos de un reportaje del programa "Panorama", con el que acreditamos que el señor Cornejo Alvarado hizo una denuncia pública contra RIPLEY en el año 2011. Estos videos deberán ser visualizados durante la audiencia de juzgamiento del presente proceso.
- 4.5. Copia del comunicado, de fecha 22 de abril de 2013, publicado por RIPLEY a través de su cuenta de *Twitter*, con la que acreditamos que tres de las expresiones injuriantes publicadas y difundidas por el señor Cornejo Alvarado

- fueron citadas en dicho comunicado y que este precisa que sólo se había iniciado un procedimiento disciplinario a tres trabajadores.
- 4.6. Copia del Acta Notarial, de fecha 24 de abril de 2013, emitida por el Dr. Ricardo Fernandini Barrera, Notario Público de Lima, así como de sus anexos, con la que acreditamos que el señor Cornejo Alvarado reconoció -a través de su cuenta de *Twitter*- que las expresiones injuriantes que publicó y difundió son insultos.
 - 4.7. Copia de la política de uso de datos y de la declaración de derechos y responsabilidades de *Facebook*, con la que acreditamos cuáles son las reglas que rigen la actividad de los usuarios de *Facebook*. En particular, acreditamos que un usuario de *Facebook* puede decidir si sus publicaciones son públicas o de acceso restringido.
 - 4.8. Copia de la noticia publicada en el portal Web www.elcomercio.pe con relación al impacto de las redes sociales en la vida real, con la que acreditamos que *Facebook* es un medio de comunicación social en el que los actos de los usuarios tienen las mismas consecuencias que los actos de las personas en la vida convencional.
 - 4.9. Copia de la noticia publicada en el portal Web www.masqueredes.es con relación a las implicancias penales de la actividad en redes sociales, con la que acreditamos que es posible cometer ilícitos penales a través de las redes sociales como *Facebook*.
 - 4.10. Copia del artículo titulado "Cómo evitar ser despedido de tu trabajo por algo que escribas en un blog" publicado en el portal Web www.wikiHow.com, con la que acreditamos que incluso en páginas Web en las que se dan pautas para evitar la comisión de faltas graves a través de redes sociales, se enfatiza que el contenido de las publicaciones no pueda ser injurioso u ofensivo para los compañeros de trabajo y superiores jerárquicos.
 - 4.11. Copia de la lista de términos comúnmente usados en Internet publicada en el portal Web www.wiktionary.org, con la que acreditamos que los acrónimos "rasm" y "asm" significan "reconcha de su(s) madre(s)" y "concha de su(s) madre(s)", respectivamente.
 - 4.12. Copia de la página de información del perfil de *Facebook* y de una publicación del usuario El PERU es de la ASM, con la que acreditamos que "asm" es un acrónimo de uso común en *Facebook*.
 - 4.13. Copia de la noticia publicada en el portal Web www.20minutos.es con relación a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con la que acreditamos que dicha sentencia no cuestiona la fuerza o eficacia

probatoria de los comentarios en *Facebook*, sino el carácter injurioso de las afirmaciones realizadas por una trabajadora.

- 4.14. Copia de constancias de actuaciones inspectivas de investigación y requerimientos de comparecencia correspondientes al proceso inspectivo iniciado en virtud a la Orden de Inspección No. 7070-2013-MTPE/1/20.4, con la que acreditamos que el señor Cornejo Alvarado ha promovido el inicio de un procedimiento inspectivo para que se evalúe la validez de su despido, desconociendo así la competencia de su Juzgado.
- 4.15. Copia de los descargos contra el Acta de Infracción No. 1186-2013, con la que acreditamos que RIPLEY ha impugnado dicho acto administrativo, debido a que - como ha concluido el Décimo Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima- el procedimiento inspectivo es nulo.
- 4.16. Copia del acta de instalación del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo de RIPLEY, con la que acreditamos que el señor Cornejo Alvarado es miembro de dicho órgano desde el 12 de noviembre de 2012.
- 4.17. Copia de la subsanación de la demanda de impugnación de medida disciplinaria interpuesta por el señor Cornejo Alvarado, con la que acreditamos que el señor - Cornejo Alvarado ha iniciado un proceso judicial distinto para cuestionar la validez de las sanciones que le fueron impuestas por el uso del cintillo.
- 4.18. Copia del auto admisorio de la demanda de impugnación de medida disciplinaria interpuesta por el señor Cornejo Alvarado, con la que acreditamos que el señor Cornejo Alvarado ha iniciado un proceso judicial distinto para cuestionar la validez de las sanciones que le fueron impuestas por el uso del cintillo.
- 4.19. Copia del reporte del Expediente No. 8388-2013-0-1801-JR-LA-01, tomado del Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales del portal Web del Poder Judicial, con la que acreditamos que el señor Cornejo Alvarado ha iniciado un proceso judicial distinto para cuestionar la validez de las sanciones que le fueron impuestas por el uso del cintillo.
- 4.20. Copia de la demanda de reposición por despido fraudulento interpuesta por el señor Williams Alexander Guerra Rodríguez, con la que acreditamos que en un proceso que -según el señor Cornejo Alvarado- es similar a este, su abogado ha optado por formular una pretensión de reposición por despido fraudulento y no por despido nulo.
- 4.21. Copia del reporte del Expediente No. 8383-2013-0-1801-JR-LA-12, tomado del Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales del portal Web del Poder Judicial, con la que acreditamos que la sentencia del Décimo Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima que señala que la prohibición del

- uso del cintillo no es un acto antisindical y que el procedimiento inspectivo sobre el particular es nulo, ha quedado consentida.
- 4.22. Copia de 19 actas de reuniones extraproceso, con la que acreditamos que RIPLEY reconoce la representatividad del Sindicato y negocia con este de manera constante.
 - 4.23. Copia de los convenios colectivos celebrados por RIPLEY y el Sindicato, con la que acreditamos que RIPLEY reconoce la representatividad del Sindicato y negocia con este de manera constante.
 - 4.24. Copia de permisos y licencias sindicales, con la que acreditamos que RIPLEY otorga facilidades sindicales (permisos y licencias) en un número mucho mayor al mínimo legal.
 - 4.25. La pericia de parte del Dr. Iván Melni Méndez, profesor asociado del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, con la que acreditaremos que el señor Cornejo Alvarado ha incurrido en un comportamiento penalmente relevante que lesiona al derecho al honor en la modalidad de difamación agravada. Estamos adjuntando copia del informe pericial que será sustentado por el perito durante la audiencia de juzgamiento.
 - 4.26. La pericia de parte del Magister Eduardo Villanueva Mansilla, profesor asociado del Departamento de Comunicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú y magister en Comunicaciones por la misma casa de estudios, con la que acreditaremos que: (i) *Facebook* es un medio de comunicación social en el que los actos de los usuarios tienen las mismas consecuencias que los actos de las personas en la vida convencional; (ii) los usuarios de *Facebook* pueden controlar la difusión de cada una de sus publicaciones; (iii) cuando una publicación en *Facebook* es pública y no de acceso restringido, cualquier usuario puede revisar su contenido sin que exista un acto de trasgresión informática (hackeo); y, (iv) "rcsm" y "csm" son acrónimos de uso común en todas las formas de comunicación digital. Estamos adjuntando copia del informe pericial que será sustentado por el perito durante la audiencia de juzgamiento.

V. IMPERTINENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEMANDA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 190 del Código Procesal Civil (en adelante, "CPC"), solicitamos que los siguientes medios probatorios de la demanda y su subsanación no sean admitidos por su Juzgado por ser IMPERTINENTES (no tienen ninguna relación lógico-jurídica con los hechos controvertidos):

- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Anexo 1-L de la demanda).

El señor Cornejo Alvarado ofrece este documento para acreditar que existe un criterio internacional en el sentido que "el comentario que se haga de una publicación en el facebook no es prueba en un proceso laboral por tratarse de un documento social que se da dentro del marco de la libertad de expresión"²³. Sin embargo, la sentencia no adopta este criterio. Por el contrario, desestima el recurso de suplicación (apelación) interpuesto por la empresa demandada, pues -a criterio de la Sala- las afirmaciones de la trabajadora no eran insultantes. En otras palabras, la sentencia no descarta la fuerza o eficacia probatoria de las expresiones en Facebook para acreditar la comisión de una falta grave laboral.

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 1058-2004-AA/TC (Anexo 1-LL de la demanda).

El señor Cornejo Alvarado ofrece este documento para acreditar que existe un criterio del Tribunal Constitucional en el sentido que "un documento obtenido indebidamente del internet carecer de valor jurídico y calidad probatoria en un proceso como el que tramite el demandante"²⁴. Sin embargo, la sentencia no adopta este criterio. Por el contrario, cuestiona la validez de medios probatorios obtenidos mediante el acceso no autorizado a correos electrónicos personales del trabajador.

En este caso, RIPLEY no ha accedido de manera ilegal a los correos electrónicos del señor Cornejo Alvarado. Lo que ha hecho es tomar conocimiento de expresiones injuriantes publicadas y difundidas en su perfil de Facebook de acceso público y no restringido, es decir, que -por decisión del señor Cornejo Alvarado- pueden ser revisadas por cualquier persona.

POR TANTO:

Solicitamos a su Juzgado que declare **INFUNDADA** la demanda interpuesta por el señor Cornejo Alvarado.

²³ Página 12 de la demanda.

²⁴ Página 12 de la demanda.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Conforme a lo establecido en el artículo 80 del CPC autorizamos a los doctores Luis Vinatea Recoba, Jorge Toyama Miyagusuku, Roberto Matallana Ruiz, Elizabeth Delgado de Markey, Magaly Alarcón Salas, Eduardo Mercado Villarán, Carmen Ortega Chico, Elvira Castañeda Velásquez, Sebastián Soltau Salazar y Aracelli Morales Arenás a representarnos en el proceso, con las facultades previstas en el artículo 74 del mismo cuerpo legal, declarando expresamente conocer los alcances de la representación que se les está otorgando.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Acompañamos el comprobante que acredita el pago de las tasas y aranceles judiciales correspondientes, así como copias suficientes para la otra parte del proceso.

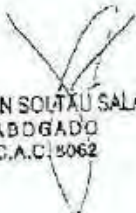
TERCER OTROSÍ DECIMOS: Adjuntamos los siguientes documentos como anexos del presente escrito:

- Anexo 1-A Copia legalizada del poder y copia simple del D.N.I. de nuestro apoderado.
- Anexo 1-B Copia de la carta notarial de preaviso, de fecha 22 de abril de 2013, y sus anexos.
- Anexo 1-C Copia de la carta de descargo, de fecha 25 de abril de 2013.
- Anexo 1-D Copia de la carta notarial de despido por la comisión de faltas graves, de fecha 30 de abril de 2013.
- Anexo 1-E Un DVD.
- Anexo 1-F Copia del comunicado, de fecha 22 de abril de 2013, publicado por RIPLEY a través de su cuenta de *Twitter*.
- Anexo 1-G Copia del Acta Notarial, de fecha 24 de abril de 2013, emitida por el Dr. Ricardo Fernandini Barrera, Notario Público de Lima, así como de sus anexos.
- Anexo 1-H Copia de la política de uso de datos y de la declaración de derechos y responsabilidades de *Facebook*.
- Anexo 1-I Copia de la noticia publicada en el portal Web www.elcomercio.pe con relación al impacto de las redes sociales en la vida real.
- Anexo 1-J Copia de la noticia publicada en el portal Web www.masqueredes.es con relación a las implicancias penales de la actividad en redes sociales.

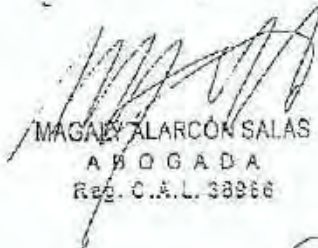
- Anexo 1-K** Copia del artículo titulado "Cómo evitar ser despedido de tu trabajo por algo que escribas en un blog" publicado en el portal Web www.wikiHow.com.
- Anexo 1-L** Copia de la lista de términos comúnmente usados en Internet publicada en el portal Web www.wiktionary.org.
- Anexo 1-M** Copia de la página de información del perfil de *Facebook* y de una publicación del usuario El PERU es de la CSM.
- Anexo 1-N** Copia de la noticia publicada en el portal Web www.20minutos.es con relación a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
- Anexo 1-O** Copia de constancias de actuaciones inspectivas de investigación y requerimientos de comparecencia correspondientes al proceso inspectivo iniciado en virtud a la Orden de Inspección No. 7070-2013-MTPE/1/20.4.
- Anexo 1-P** Copia de los descargos contra el Acta de Infracción No. 1186-2013.
- Anexo 1-Q** Copia del acta de instalación del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo de RIPLEY.
- Anexo 1-R** Copia de la subsanación de la demanda de impugnación de medida disciplinaria interpuesta por el señor Cornejo Alvarado.
- Anexo 1-S** Copia del auto admisorio de la demanda de impugnación de medida disciplinaria interpuesta por el señor Cornejo Alvarado.
- Anexo 1-T** Copia del reporte del Expediente No. 8383-2013-0-1801-JR-LA-12, tomado del Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales del portal Web del Poder Judicial.
- Anexo 1-U** Copia del reporte del Expediente No. 8388-2013-0-1801-JR-LA-01, tomado del Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales del portal Web del Poder Judicial.
- Anexo 1-V** Copia de la demanda de reposición por despido fraudulento interpuesta por el señor Williams Alexander Guerra Rodríguez.
- Anexo 1-W** Copia de 19 actas de reuniones de extraproceso.
- Anexo 1-X** Copia de los convenios colectivos celebrados por RIPLEY y el Sindicato.
- Anexo 1-Y** Copia de permisos y licencias sindicales.
- Anexo 1-Z** Copia del informe pericial emitido por el Dr. Iván Meini Méndez.
- Anexo 1-AA** Copia del informe pericial emitido por el Magister Eduardo Villanueva Mansilla.
- Anexo 1-AB** Copia de la Casación No. 1938-98.

- Anexo 1-AC** Copia del artículo titulado "El Facebook y el Derecho Laboral" publicado por el Dr. Omar Toledo Toribio, Presidente de la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- Anexo 1-AD** Copia del artículo titulado "Redes sociales y el despido sanción" publicado por los doctores María del Rocío Carro Hernández y Gabriel Espinoza C.
- Anexo 1-AE** Copia de la sentencia del Décimo Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima recaída en el Expediente No. 8383-2013-0-1801-JR-LA-12.

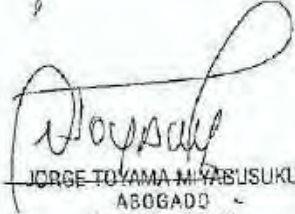
Lima, 21 de agosto de 2013



SEBASTIÁN SOLTAN SALAZAR
ABOGADO
C.A.C. 8062



MAGALY ALARCÓN SALAS
ABOGADA
Reg. C.A.L. 38966



JORGE TOYAMA MIYASUSUKU
ABOGADO
Reg. CAL. 21285

06 DIC. 2013

NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

DÉCIMO PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO DE TRABAJO DE LIMA

EXPEDIENTE N° : 12945-2013-0-1801-JR-LA-11
 DEMANDANTE : GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO
 DEMANDADO : TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY SA
 MATERIA : NULIDAD DE DESPIDO
 JUEZ : GLORIA RIVERA LOPEZ
 SECRETARIO : DORA MARÍA APAZA CHUPA

ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO /

En la ciudad de Lima a los veintisiete días del mes de Setiembre de dos mil trece, siendo las 02:40 horas de la tarde, en la Sala de Audiencias N° 6 ubicada en el piso 18° del Edificio Alzamora Valdez, bajo la dirección del señora Jueza Gloria Rivera López, quien se avoca a conocimiento de la presente causa y con la intervención de la Secretaria de Audiencias Jessica Marisol Rodríguez Ferrer. Se desarrolla la audiencia de juzgamiento programada, en el proceso seguido por GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO contra el TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY SA, sobre NULIDAD DE DESPIDO.

1. IDENTIFICACIÓN DE QUIENES INTERVIENEN EN LA AUDIENCIAPARTE DEMANDANTE

A.- GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO. Identificado con D.N.I. N° 42319535, con domicilio real en Jr. Antonio Miro Quesada N° 1382 Interior 27- Lima y con casilla electrónica N° 8962.

B.- ABOGADO: MATEO ALEJANDRO TINCOPA CALLE, con registro del Colegio de Abogados de Lima N° 18513, con domicilio procesal en la Casilla N° 14349 de la Corte Superior de Justicia de Lima y casilla electrónica N° 8962.

PARTE DEMANDADA

C.- TIENDAS POR DEPARTAMENTOS RIPLEY S.A. representada por SEBASTIAN SOLTAU SALAZAR, identificado con DNI N° 44053990, con registro del Colegio de Abogados del Callao N° 8062, con domicilio real en Calle las Begonias N° 545, piso 10- San Isidro, con domicilio procesal en la casilla N° 3714 del Colegio de Abogados de Lima y Casilla Electrónica N° 1692.

D.- ABOGADO: LUIS MANUEL VINATEA RECOBA, con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 16575.

PODER JUDICIAL

JESSICA MARISOL RODRIGUEZ FERRER
 Secretaria de Audiencias
 Juzgado Especializado de Trabajo Permanente
 Módulo 2
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Identificadas las partes, la Juez recuerda expresamente a los intervinientes las reglas de conducta previstas en el artículo 11° de la Ley N° 29497-Nueva Ley Procesal de Trabajo. En este acto se notifica el escrito de fecha presentado por la parte

2. CONFRONTACIÓN DE POSICIONES

La parte demandante expone los fundamentos de hecho y derecho que sustentan sus pretensiones.

La parte demandada expone los hechos que por razones procesales y/o de fondo contradicen la demanda.

3. DE LAS EXCEPCIONES

Se deja constancia que ninguna de las partes a formula excepciones.

4. ACTUACIÓN PROBATORIA

4.1. Hechos que no necesitan de actuación probatoria

- ~~Existencia de la relación laboral en el periodo desde el 23 de julio de 2007 hasta el 30 de abril del 2013.~~
- ~~El último cargo desempeñado por el actor fue vendedor Integral en las Begonias División Comercial TBG.~~

4.2. Medios probatorios dejados de lado

De la parte demandante:

1. La ejecutoria internacional emitida por el Tribunal Superior de la Sala Social de Murcia
2. La ejecutoria del Tribunal de Garantías Constitucionales del 18 de Agosto del 2004

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 190° del Código Procesal Civil, devienen en improcedente.

De la parte demandada:

1. Copia de la noticia publicada en el portal Web www.elcomercio.pe
2. Copia de la noticia publicada en el portal Web www.masquerades.es
3. Copia del artículo titulado "como evitar ser despedido de tu trabajo por algo que escribas en un blog"
4. Copia de la lista de términos comúnmente usados e internet publicados en el portal Web www.wiktionary.org
5. Copia de la página de información del perfil de Facebook y de una publicación del usuario PERU
6. Copia de la noticia publicada en el portal Web www.20minutos.es con relación a una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
7. Copia del reporte del expediente N° 8383-2013-0-1801-JR-LA 12
8. Copia de la demanda de reposición por despido fraudulento interpuesto por el señor Williams Alexander Guera Rodriguez
9. ~~Redeja de parte del Dr. Ivan Meini Méndez~~

PODER JUDICIAL

JESSICA MARISOL RODRIGUEZ FERRER
Secretaría de Audiencia
Juzgado Especializado de Trabajo
Plaza 2
CALLE SUPERIOR

14. Copia de 18 actas de reuniones extra proceso
 15. Copia de los convenios colectivos celebrados por RIPLEY
 16. Copia de los permisos de licencias sindicales

En este estado las partes presentan medios probatorios nuevos, los cuales son admitidos por la juez del proceso, quedando registrado en audio y video.

4.4 Cuestiones Probatorias

Las partes no formulan cuestiones probatorias.

4.5 Juramentación de todos quienes intervienen en la actuación probatoria

Las partes y sus abogados rinden juramento de actuar con veracidad y expresar la verdad en las manifestaciones que proferiran en el desarrollo de la audiencia.

4.6. Actuación de los medios de prueba

De la parte demandante

- Respecto a la prueba documental se oralizan los mismos, quedando registrado en audio y video.

De la parte demandada

- Respecto a la prueba documental se oralizan los mismos, quedando registrado en audio y video.

De oficio.- Que de conformidad con el artículo 22° de la Ley 29497 excepcionalmente el juez puede ordenar se practique alguna prueba adicional; en el presente caso, se requiere tener a la vista el expediente administrativo originado por la orden de Inspección N° 7070-2013-MTPE/01/20.4, teniendo en cuenta los fines del proceso el cual es resolver un conflicto de intereses y eliminar la incertidumbre con relevancia jurídica con la finalidad de lograr la paz social en justicia; en salvaguarda de ello, y teniendo en cuenta los principios de veracidad y no formalidad, y los fundamentos del proceso laboral señalados en los artículos I y III del Título Preliminar de la Ley N° 29497, se **DISPONE: SUSPENDER** la presente diligencia a efectos de que previo a la emisión de la sentencia se actúe prueba adicional a efectos de emitir un pronunciamiento en justicia. Por tales fundamentos y estando a la norma inicialmente mencionada se **DISPONE: Oficiar a la DIRECCIÓN DE INSPECCION DEL TRABAJO DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO** a efectos que se remita copia certificada del expediente administrativo originado por la orden de inspección N° 7070-2013-MTPE/01/20.4 bajo apercibimiento de Multa de 3URP, para cuyo efecto la parte demandante deberá gestionar la actuación de dicho probatorio en el plazo de 15 días hábiles bajo apercibimiento de prescindirse del medio probatorio. Entregándose copia de dicho oficio al término de la presente diligencia.

Una vez remitido el mencionado informe se programara fecha y hora para la continuación de la audiencia de juzgamiento.

Concluye la presente diligencia a horas 05:21 de la tarde.

PODER JUDICIAL

JESSICA MARISOL RODRIGUEZ PEREZ
 Secretaria de Audiencias
 Juzgado Especializado de Trabajo Especializado
 Ministerio 2

PODER JUDICIAL DEL PERU



CORTE SUPLENTE
DECIMO PRIMER JUZGADO DE TRABAJO PERMANENTE DE LIMA
 Av. Abancay N° 800, Piso 18 - Cercado de Lima (Edificio Javier Aizamora Valdez)

Expediente N° : 12945-2013-0-1801-JR-LA-11
 Demandante : GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO
 Demandado : TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY
 Materia : REPOSICION
 Juez : ANGEL TOMAS RAMOS RIVERA
 Secretario : DORA APAZA CHUPA

MESA DE PARTES
 MICHAELA RAMADO ABOGADOS
 RECORRIDO
 26 MAR. 2014
 NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

SENTENCIA N° 050-2014-11° JETPL

RESOLUCION NUMERO NUEVE.-

Lima, Diecinueve de Marzo

Del año dos mil catorce.-

I. ANTECEDENTES:

Mediante escrito de fojas 132 a 144, subsanado a fojas 178 a 183 de autos, el señor GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO interpone demanda en contra de TIENDAS POR DEPARTAMENTOS RIPLEY S.A., a fin de que se declare la nulidad de su despido por haberse incurrido en las causales previstas en los literales a, b y c del artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, se ordene su reincorporación en sus labores habituales y el pago de las remuneraciones y beneficios sociales devengados durante el período que dure su despido, y de manera subordinada, solicita el pago de S/. 25,333.33 por concepto de indemnización por despido arbitrario.

ARCHIVO M&A
 27 MAR 2014

II. CUESTIONES FACTICAS DE LAS PARTES:

1. Hechos de la Demanda: Señala el actor como fundamentos de hecho de su demanda lo siguiente:
 - a. Ingresó a laborar para la demandada el 23 de Julio del 2007 hasta el 30 de Abril del 2013, percibiendo una remuneración mixta compuesta de un haber básico más comisiones.
 - b. Indica que el 27 de Enero del 2013 fue elegido como Secretario de Defensa del Sindicato Unico de Trabajadores del Grupo Ripley S.A. (en adelante SUTRAGRISA), y como tal, interpuso denuncias y reclamos contra la demandada, además es miembro del Comité de Seguridad y Salud.
 - c. Alega que su despido es nulo por cuanto lo que pretende la emplazada es restringir y sancionar su actuar como dirigente sindical atribuyéndole la comisión de faltas graves por expresiones o frases desarrolladas en Facebook que se encuentran amparadas por la libertad de expresión que no constituyen actos de injuria o faltamiento de palabra, más aún cuando el ingreso a su cuenta es legal.

- 2. Hechos de la Contestación de la Demanda: Mediante escrito de fojas 638 a 370, la demandada contestó la demanda, solicitando que la misma sea declarada infundada, argumentando los siguientes hechos:
 - a. El demandante fue despedido por incurrir en las faltas graves tipificadas en los literales a) y f) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR puesto que publicó y difundió expresiones injuriantes a través de Facebook contra sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos, perfil que es de acceso público y no restringido por lo que cualquier persona puede acceder al mismo.
 - b. El demandante cuestionó la moralidad y legitimidad de las actuaciones de la demandada y que negligentemente impulsó la existencia de deudas, sin hacer referencia a cuánto ascendería ni a quiénes involucraría, además realizó publicaciones ofensivas e injuriantes contra sus compañeros de trabajo y superiores jerárquicos pues calificó como incompetentes, además insultó al Director Ejecutivo y compartió las expresiones injuriantes y a la vez permitió que terceros realicen dichos comentarios pues no los borró sino que los mantuvo y aprobó tales calificativos al pulsar la opción "me gusta".
 - c. El despido del actor no se basó en su condición dirigente sindical, pues la empresa reconoce la representatividad del sindicato y negocia con éste de manera constante, por el contrario, éste se basó en la comprobación objetiva de las faltas graves cometidas por el actor.

La demanda fue admitida por Resolución N° 2 de fecha 14 de Junio del 2013, habiéndose realizado la Audiencia de Conciliación el 21 de Agosto del 2013 y la Audiencia de Juzgamiento el 27 de Setiembre del 2013 y concluida el 12 de Marzo del 2014, habiéndose escuchado los alegatos finales de los abogados de las partes y no existiendo medio probatorio alguno pendiente de actuación, se procede a emitir la sentencia correspondiente de acuerdo a los siguientes fundamentos:

III. FUNDAMENTOS:

1. Consideraciones Previas.-

- 1.1. En el proceso laboral corresponde al juez evitar que la desigualdad entre las partes no afecte su desarrollo o resultado, por lo que, en ejercicio de su rol protagónico, procura alcanzar la igualdad real de las partes, privilegiando el fondo sobre la forma, interpretando los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observando el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad, conforme ha sido previsto en el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo.
- 1.2. Conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley Procesal del Trabajo, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos; sin embargo, se establecen reglas especiales de distribución de la carga probatoria, por lo que acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario; asimismo, corresponde al demandante acreditar la existencia de la

fuerza normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal, el motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido y la existencia del daño alegado, mientras que corresponde al empleador probar el pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad, la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado y el estado del vínculo laboral y la causa del despido, en tal sentido, la valoración de las pruebas admitidas y actuadas en este proceso se circunscribirán a los hechos controvertidos y a aquellos que han sido determinantes para el a quo en la solución del *thema decidendi*, elevándonos de aquellas que no tenga esa finalidad.

2. Delimitación de la Controversia.-

- 2.1. Lo que solicita el demandante GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO es que la demandada TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY S.A. le reponga en sus labores habituales al haberse producido un despido nulo por las causales contempladas en los literales a), b) y c) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, más el pago de sus remuneraciones devengadas y depósito de CTS por el periodo que dure su despido, y de manera subordinada, solicita el pago de una indemnización por despido arbitrario ascendente a S/ 23,333.33.
- 2.2. Conforme a lo señalado por las partes en sus escritos postulatorios y en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento, se tiene que la controversia se centra en determinar si el despido del demandante adolece de nulidad.

3. El Contrato de Trabajo.-

- 3.1. El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos entre dos partes: trabajador y empleador, caracterizado por el suministro de la fuerza de trabajo de una parte, mientras que el pago de una remuneración y las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar corresponden a la otra. La existencia de una relación de carácter laboral presupone asimismo, la existencia de una prestación personal de servicios subordinados, conforme se desprende del artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR "Ley de Compellividad y Productividad Laboral", siendo que los elementos básicos del contrato de trabajo son los siguientes: prestación personal, remuneración y subordinación.
- 3.2. En el presente caso, no existe controversia alguna respecto de la existencia de una relación laboral entre las partes en el periodo 23 de Julio del 2007 al 30 de Abril del 2013 ni sobre el cargo ocupado por el actor como Vendedor Integral en la División Comercial, conforme se indicó en el acto de la audiencia de juzgamiento de fojas 833-836, por lo que se debe determinar la procedencia de la reposición del actor.

4. El Despido.-

- 4.1. Conforme a lo señalado en el literal g) del artículo 16 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, la relación laboral se extingue por el despido del trabajador, en los casos y en la

fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal, el motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido y la existencia del daño alegado, mientras que corresponde al empleador probar el pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad, la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado y el estado del vínculo laboral y la causa del despido. en tal sentido, la valoración de las pruebas admitidas y actuadas en este proceso se circunscribirán a los hechos controvertidos y a aquellos que han sido determinantes para el a quo en la solución del *thema decidendi*, elevándonos de aquellas que no tenga esa finalidad.

ny

2. Delimitación de la Controversia.-

- 2.1. Lo que solicita el demandante GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO es que la demandada TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY S.A. lo reponga en sus labores habituales al haberse producido un despido nulo por las causales contempladas en los literales a), b) y c) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, más el pago de sus remuneraciones devengadas y depósito de CTS por el período que dure su despido, y de manera subordinada, solicita el pago de una indemnización por despido arbitrario ascendente a S/ 23,333.33.
- 2.2. Conforme a lo señalado por las partes en sus escritos postulatorios y en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento, se tiene que la controversia se centra en determinar si el despido del demandante adolece de nulidad.

3. El Contrato de Trabajo.-

- 3.1. El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos entre dos partes: trabajador y empleador, caracterizado por el suministro de la fuerza de trabajo de una parte, mientras que el pago de una remuneración y las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar corresponden a la otra. La existencia de una relación de carácter laboral presupone asimismo, la existencia de una prestación personal de servicios subordinados, conforme se desprende del artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR "Ley de Competitividad y Productividad Laboral", siendo que los elementos básicos del contrato de trabajo son los siguientes: prestación personal, remuneración y subordinación.
- 3.2. En el presente caso, no existe controversia alguna respecto de la existencia de una relación laboral entre las partes en el período 23 de Julio del 2007 al 30 de Abril del 2013 ni sobre el cargo ocupado por el actor como Vendedor Integral en la División Comercial, conforme se indicó en el acto de la audiencia de juzgamiento de fojas 833-836, por lo que se debe determinar la procedencia de la reposición del actor.

4. El Despido.-

- 4.1. Conforme a lo señalado en el literal g) del artículo 16 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, la relación laboral se extingue por el despido del trabajador, en los casos y en la

forma permitida por ley, advirtiéndose que el artículo 22 del mismo cuerpo normativo establece que para el despido del trabajador es indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, la misma que puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador, siendo que la demostración de dicha causa corresponde al empleado. A su vez, el artículo 31 del mencionado Decreto Supremo señala que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de 6 días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formularán, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad, debiendo en este caso observarse el principio de inmediatez; asimismo, el artículo 32 establece que el despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese.

- 4.2. Siendo así, se advierte que para que se configure una falta grave deben concurrir cuatro elementos calificativos: objetividad, causalidad, oportunidad y proporcionalidad, por lo que la legitimidad de la imposición de la sanción podrá ser apreciada no sólo en base a la causa alegada y a los hechos invocados sino también al cumplimiento del procedimiento, a la existencia de una prueba y a la objetividad de la misma.

5. La Nulidad del Despido.-

- 5.1. Según lo señalado por el Tribunal Constitucional, la adecuada protección contra el despido que se contempla en el artículo 27 de la Constitución¹ no pasa por reconocer como única opción reparadora a la indemnización por despido arbitrario pues vulnera el contenido esencial del derecho al trabajo en su faceta de proscripción del despido injustificado, por lo que frente a un despido que lesiona derechos fundamentales, el trabajador tendrá derecho a optar por una tutela resarcitoria (cobro de una indemnización) o a una tutela restitutoria (reposición en el empleo)²; sin embargo, se precisó los tipos de despido que daban derecho a la readmisión en el centro de labores, siendo éstos: el despido nulo, el despido fraudulento y el despido incausado.
- 5.2. Respecto del despido nulo, el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR señala que es nulo el despido que tenga por motivo:
- La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
 - Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.
 - Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes.
 - La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
 - El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto.

¹ "Protección del trabajador frente al despido arbitrario
Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

² Fundamento Jurídico N° 12 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 1124-2001-AA/TC de fecha 11 de Julio del 2002.

- f. Asimismo, la Ley N° 26626 agrega el despido del trabajador por razones de ser portador de Sida y la Ley N° 27050 adiciona el despido del trabajador por razones de discapacidad.
- 6.3. Al respecto, es pacíficamente admitido " ... que los derechos constitucionales de que es titular el trabajador como persona despliegan su eficacia en el ámbito específico de la relación de trabajo y, más concretamente, operan como límite externo al poder de dirección y la potestad disciplinaria del empleador, es posible, ahora, apreciar las consecuencias que dicha perspectiva supone para el ejercicio de la facultad extintiva de aquél..."³. Por ello, la nulidad del despido sólo procede cuando éste obedece a motivos cuya naturaleza no consienta que se admita su validez como supuestos legitimadores del acto extintivo del empleador, en el existe una causa recusada por el ordenamiento jurídico por implicar una vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal, como persona y como ciudadano, dicho en otras palabras se trata de un despido con causa ilícita⁴.
- 6.4. El artículo 23.1 de la Ley Procesal del Trabajo señala que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, ó a quien los contradice alegando nuevos hechos; sin embargo, respecto de supuestos específicos distribuye la carga probatoria entre los sujetos conformantes de la relación laboral, de tal manera que cuando el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba del motivo de nulidad invocado, entre otros, mientras que el demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado, puesto que el artículo 23.5 del mismo cuerpo normativo⁵ señala que en aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, siendo que estos indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.
- 6.5. Siendo así, la carga de la prueba respecto de la existencia de la causal de despido corresponde al empleador puesto que el trabajador goza de la presunción de inocencia, ya que "... el derecho fundamental a la presunción de inocencia enunciado en el artículo 2°, numeral 24, literal f), de la Constitución, se proyecta también, a los procedimientos donde se aplica la potestad disciplinaria sancionatoria. Este derecho garantiza en el ámbito de un proceso la ausencia de toda sanción si no se ha probado fehacientemente la comisión de la infracción imputada. La potestad disciplinaria que detenta la entidad demandada no se puede aplicar sobre una presunción de culpabilidad, sino por el

³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2002). El Despido Nulo. Ara Editores, Perú, pág. 282

⁴ ESPINOZA MONTOYA, Cecilia. Nulidad de Despido. Inciso c) del Artículo 20° del D.S. 003-97-TR. En <http://biog.pucp.edu.pe/iten/26673/nulidad-de-despido-inciso-c-del-articulo-20-del-d-s-003-97-tr>

⁵ Artículo 23.- Carga de la prueba

23.5 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

contrario, cuando se ha demostrado con pruebas idóneas la responsabilidad del imputado en la infracción atribuida⁶.

7. La Injuria o Faltamiento de Palabra

- 7.1. Según lo señalado en el literal f) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, constituye falta grave la "...injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se derivan directamente de la relación laboral⁴.
- 7.2. Al respecto se tiene que nuestra normativa laboral no define lo que debe entenderse por injuria o faltamiento de palabra; sin embargo, entre ambas no se denota alguna diferencia, es decir, se tratan de la misma falta pues se dirigen a sancionar las ofensas verbales o escritas que repercuten en el honor de otra persona, por lo que ambos vocablos debe entenderse como sinónimos.
- 7.3. Este tipo de falta se orienta a sancionar las expresiones insultantes proferidas por el trabajador, sean en forma verbal o escrita, así como la negación de una cualidad que rebaja la dignidad de una persona, sea por que se trate de hechos falsos o por menospreciar al ofendido o por realizar actos despectivos contra el mismo, en suma, lo que se busca es en primer lugar proteger el honor del agraviado y en segundo lugar, vigilar que no se altere el orden interno dentro del centro de trabajo a fin de garantizar la convivencia pacífica mediante la existencia de un mutuo respeto entre los compañeros de trabajo, los jefes superiores y el empleador, lo que además tiene relación con la obligación general impuesta a los trabajadores y empleadores por el inciso a) del citado artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues lo que este respeto que debe existir en el ámbito laboral constituye un deber y una obligación que se deriva del contrato de trabajo, cuyo incumplimiento se considera como falta grave o como acto de hostilidad, cuya consecuencia es el despido justificado o el despido indirecto.
- 7.4. Siendo así, la injuria constituirá una falta grave cuando un trabajador afecta el honor de un compañero de trabajo o un superior jerárquico o un representante del empleador o contra el propio empleador, mediante palabras proferidas en forma verbal o escrita, que tornan en imposible la continuación del vínculo laboral, esto es, "... cuando se ponga en riesgo el normal cumplimiento de las funciones del centro de trabajo y/o el correcto ejercicio de sus potestades o cuando se comprometa el principio de jerarquía o afecto el necesario respeto que se debe guardar a sus compañeros de trabajo y, en particular, a sus superiores⁷.
- 7.5. Sin embargo, para la configuración de esta falta no sólo se requiere la presencia de los aspectos señalados en el punto anterior, que puedan ser considerados como elementos

⁶ Fundamento Jurídico N° 9 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 10 de Agosto del 2009 en el expediente N° 05104-2008-PATC.

⁷ TOLEDO TORIBIO, Omar, *El Facebook y el Derecho Laboral*, En *Revista Diálogo con la Jurisprudencia* N° 129, Junio 2009, Lima, pág. 271-273.

objetivos, sino también debe de verificarse la existencia de un elemento volitivo subjetivo, esto es, la intención del trabajador de injuriar o faltar el respecto al empleador u a otros trabajadores, puesto que "... el contenido ofensivo o vejatorio de las palabras empleadas no es suficiente para determinar por sí solo la existencia de una lesión al honor o de una falta grave de injuria o faltamiento grave de palabra"⁸, motivo por el cual resulta necesario evaluar las circunstancias en las que ocurrieron los hechos a efectos de verificar si el trabajador tuvo la intención de ofender o si por el contrario, sólo constituye una expresión de disgusto en términos inapropiados, de defensa ante cargos que le atribuyen, de denuncia por irregularidades del superior o empleador o narrar determinados hechos que conllevan expresiones ofensivas.

7.6. Siendo así, para determinar la existencia de una falta grave por injurias proferidas por el trabajador, se debe atender a los siguientes elementos:

- El contexto en que las expresiones ofensivas fueron vertidas.
- Las características del trabajador, en especial, su eventual calidad de representante de los trabajadores o dirigente sindical.
- La forma en que se exteriorizan tales expresiones (verbal o escrita)
- El medio empleado (privado, intra empresarial, de difusión masiva, etc.)⁹

8. La Libertad de Expresión del Trabajador.-

8.1. La principal característica que diferencia un contrato de trabajo de cualquier otra relación jurídica, es la subordinación o dependencia, entendida como aquel "... vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección del otro... son los dos aspectos centrales del concepto"¹⁰. El artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR señala que por la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador, quien tiene las facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente dentro de los límites de razonabilidad cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones recaídas en el trabajador.

8.2. Sin embargo, la subordinación o dependencia del trabajador hacia el empleador no lo despoja del goce efectivo de sus derechos como ser humano, ya que el artículo 23 de nuestra Constitución Política señala que "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador", es decir, "Se impone, así, una cláusula de salvaguarda de los derechos del trabajador, en concordancia con el artículo 1° de la Constitución, que estaluya que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Con ello, además, se permite que el principio de igualdad surta efectos, justamente en una relación asimétrica, como la que se produce entre una

⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2007). *Derechos Fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 177.

⁹ *Ibidem*, Pág. 180-183.

¹⁰ NEVES MUJICA, Javier (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial de la PUOP, 1ra. Edición, Lima, pág. 35-36.

empresa y un trabajador"¹¹, por lo que "La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponde, evitando que, por desconocimiento o ignorancia -y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia-, se perjudique"¹².

- 8.3. Uno de estos derechos de los que no se despoja el trabajador en el ejecución de la relación laboral, el derecho a la libertad de expresión, contenido en el inciso 4 del artículo 2 de nuestra Constitución Política; sin embargo, este derecho no es absoluto sino que se encuentra limitado, entre otros, por el derecho al honor de cualquier persona, por lo que "... el trabajador tiene el derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, pero al hacerlo, resulta obligado a respetar el honor, la dignidad y la intimidad del empleador o de sus representantes"¹³, lo que implica que todo trabajador debe cuidar que sus expresiones realizadas en privado o en público no afecten la honra y dignidad de otro trabajador, de sus superiores o del empleador, pues en estos casos, ya no se estará ante el ejercicio legítimo de un derecho sino ante una falta grave sancionable con el despido, "... puesto que sus excesos son susceptibles de ser sancionados. Los límites que pueden establecerse por el ejercicio de estos derechos son varios y, como regla general, se determinan tomando en consideración la naturaleza de los derechos en cuestión. No obstante, en determinados supuestos, el legislador puede fijar una diversa clase de límites a tales libertades, límites cuya justificación se encuentra en las relaciones especiales de sujeción bajo las que se encuentran determinados individuos (...) Naturalmente, tal restricción no puede entenderse en el sentido de que el referido servidor público no pueda ejercer, sin más, dichas libertades, pues ello supondría vaciarlas de contenido. En la medida en que los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública, los alcances de esta limitación deben entenderse concretamente referidos a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar con la limitación de los derechos constitucionales. Dicho en otras palabras, ni la presencia de estos límites especiales supone que los servidores públicos no puedan ejercer sus libertades informativas, ni que cualquier tipo de información relativa a su empleador quede prohibida de difundirse"¹⁴. (fundamento 4)
- 8.4. Sin embargo, se tiene que en el caso de los dirigentes sindicales o representantes de los trabajadores, la protección del derecho de expresión tiene que ser reforzado puesto que debido a su posición dentro de la organización sindical requiere contar con un libre expresión de sus ideas y posiciones, generalmente contrarias y muchas veces críticas al empleador, a efectos de defender adecuadamente los derechos de los afiliados, por lo que en este caso, resulta relevante verificar el contexto en el cual se expresaron las supuestas injurias para verificar si ésta resulta proporcional a la sanción de despido.

¹¹ Fundamento N° 3 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 2006-2002-AA/TC de fecha 20 de Enero del 2004.

¹² Fundamento N° 4 de la Sentencia citada.

¹³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. Cit. Pág. 177.

¹⁴ Fundamentos Jurídicos N° 3 y 4 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 10 de Julio del 2002 en el expediente N° 0866-2000-AA/TC.

9. La Existencia de la Falta Imputada.-

- 9.1. Conforme se advierte de la Carta de Preaviso de Despido de fojas 10-13 de autos, la demandada imputó al actor la comisión de las faltas graves consistentes en:
- Incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral tipificada en el literal a) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.
 - Inobservancia grave del artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo tipificado en el literal a) del artículo 25 del mismo cuerpo de leyes.
 - La comisión de actos de injuria y faltamiento de palabra escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, tipificada en el literal f) del artículo 25 del referido Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- 9.2. Sin embargo, conforme se aprecia de la mencionada carta de imputación de cargos, se tiene que éstas faltas indicadas por la demandada tienen relación con la Injuria y faltamiento de palabra en que habría incurrido el actor por publicaciones y/o comentarios realizados en su cuenta de Facebook.
- 9.3. Como es de público conocimiento, Facebook es una red social de comunicación y que ofrece diversos servicios a los usuarios, entre ellos, el muro (wall) que es espacio con el que cuenta cada usuario y en el que permite que los amigos escriban mensajes e imágenes para que éste los vea, así como el botón "me gusta" (like) que aparece en la parte inferior de cada publicación hecha por el usuario o sus contactos (actualizaciones de estado, contenido compartido, etc) y que se caracteriza por un pequeño ícono en forma de una mano con el dedo pulgar hacia arriba, que permite valorar si el contenido es del agrado del usuario actual en la red social¹⁵.
- 9.4. En el presente caso, el demandante no ha acreditado que su cuenta de Facebook tenía la configuración de privado, por lo que estando a lo señalado por la demandada y a lo constatado en el acto de la audiencia de juzgamiento así como por Notario Público, debe señalarse que dicha cuenta era de carácter público y que cualquier persona con una cuenta en Facebook podía acceder al contenido del mismo, motivo por el que no se aprecia alguna invasión a la intimidad del actor por parte de la demandada al obtener la información que figuraba en la biografía del demandante, las mismas que fueron utilizadas para sustentar las faltas indicadas en las cartas de preaviso y de despido de fojas 10-13 y 18-27, en donde se imputó al demandante los siguientes cargos:
- 9.5. **Primer hecho:** "El lunes 8 de abril de 2013, usted publicó en su biografía del Facebook una fotografía del señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de la Empresa, y la señora Patricia Subauste, Gerente de Recursos Humanos de la Empresa, a la que agregó la siguiente frase: "OYE NORBERTO Y SI EN VEZ DE DECIR CRECER, CRECER, CRECER (...) MEJOR DECIMOS HAY QUE PAGAR, PAGAR, PAGAR".
- La sumilla de dicha publicación fue la siguiente: "Seguimos esperando ese gesto señoras de la empresa". Además, usted etiquetó (es decir, incluyó) a diversos usuarios de la red social, tales como Sutragrisa Ripleyperu y Sutragrisa Sindicato Unido Ripley Perú.
- Nueve (9) usuarios pusieron "Me gusta" a la publicación; cuatro (4) le compartieron en sus respectivas biografías y tres (3) la comentaron, en los siguientes términos:

¹⁵ En <http://es.wikipedia.org/wiki/Facebook>.

El usuario San Miguel es Sutragrisa, comentó (8 de abril a las 12:07): "PAGAR, PAGAR, PAGAR, TODO LO QUE DEBEMOS".

El usuario Williams Guerra, comentó (8 de abril a las 15:33): "ese rosm!!!! como no lo deportan por basural!!! (sic)".

El usuario Graus Ac, comentó (8 de abril a las 20:16): "peor q chileno" (sic).

- 9.5.1. Sobre el particular, la demandada señala que la falta se configura debido a lo siguiente:
- Que al indicar que se debe "pagar, pagar, pagar", el actor cuestionó la legitimidad y moralidad de las actuaciones del empleador, a la vez, dañó su imagen frente a la opinión pública, y b) Facilitó su perfil de Facebook para que otros insulten públicamente al Director Ejecutivo de la emplazada y al no eliminar inmediatamente dichos comentarios injuriantes que afectaban el honor y la reputación del referido funcionario así como la imagen de la empresa frente a la opinión pública.
- 9.5.2. Sobre el primer punto, se tiene que el actor no niega que a la Imagen de fojas 212, agregó las palabras "ÓYE NORBERTO Y SI EN VEZ DE DECIR CRECER, CRECER, CRECER (...) MEJOR DECIMOS HAY QUE PAGAR, PAGAR, PAGAR", precisando que se refiere a las deudas que la emplazada mantiene pendiente con los trabajadores (punto 10 de la carta de descargo de fojas 14-17), advirtiéndose que en el Acta de Infracción N° 2708-2013-MTPE/1/20.4 de fojas 853-912 se indica que el sistema inspectivo del Ministerio de Trabajo emitió hasta 4 órdenes de inspección en los cuales se verificó el incumplimiento de la demandada del pago de horas extras, pronunciamientos inspectivos que fueron emitidos antes de la publicación realizada por el actor, por lo que lo señalado por ésta en su cuenta de Facebook no constituye una injuria o faltamiento de palabra contra el empleador o sus representantes puesto que sólo se ponía de manifiesto el reclamo realizado por un dirigente sindical respecto del pago de adeudos de la emplazada hacia sus trabajadores verificada por la autoridad administrativa de trabajo, no apreciándose de qué manera dicho reclamo afectó la imagen pública de la demandada, por lo que esta imputación no constituye falta grave.
- 9.5.3. La segunda imputación en este extremo se encuentra referida a la falta de eliminación de los comentarios injuriantes, específicamente al señalado por el usuario Williams Guerra ("ese rosm!!!! Como no lo deportan por basura!!!"), debiéndose indicar al respecto que lo que sanciona como falta grave el literal f) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, es la "comisión de actos de injuria y faltamiento de palabra", es decir, se requiere un acción de parte del trabajador, esto es, un "hacer" no de una omisión, por lo que en virtud del principio de tipicidad que rigen las faltas de carácter laboral, se tiene que el omitir eliminar los comentarios injuriantes de terceros o impedir que éstos los realicen no configura la conducta requerida por el mencionado dispositivo legal pues el deber de garante que preconiza el "delito de omisión", (para referirnos al campo penal) requiere de una obligación legal, es decir, debe existir un deber jurídico que obliga al sujeto activo a impedir la realización de la conducta punible, o éste debe haber creado un peligro inminente que resulta adecuado para cometer el delito, por lo tanto, advirtiéndose que el demandante no tiene una posición de garante respecto del honor de otros trabajadores pues no existe obligación legal que así lo determine ni la utilización de su cuenta de

COORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
 DECIMO PRIMER JUZGADO DE TRABAJO PERMANENTE DE LIMA
 Av. Abancay N° 800, Piso 18 - Cercado de Lima (Edificio Javier Alzamora Valdez)

PODER JUDICIAL
 DEL PERU

Facebook constituye un peligro inminente de la expresión de injurias a terceros¹⁰, se advierte que la falta imputada por la emplazada no satisface el principio de tipicidad por lo que no puede ser considerada como causa de despido.

9.5.4. Lo señalado anteriormente no implica que las ofensas vertidas en Facebook no constituyen injurias pasibles de despido sino que para que se configure la falta es necesario que esas ofensas sean proferidas en forma directa por el trabajador, esto es, que éste incurra por acción en esta causa de despido, pues si bien Facebook es una red de comunicación social interactiva que tiene por finalidad compartir información del titular con los demás usuarios privados o públicos, esto es, no se trata de un medio para propalar públicamente noticias, informaciones, reportajes, columnas de opinión, como es el caso de un periódico, revista, blogg u otro medio de información en los que el administrador si asume un deber de garante respecto de lo que se permite que otros publiquen en el mismo, es más, éste tiene la obligación previa de obrar con diligencia para verificar la veracidad de lo que se publica debido a la connotación propia de dichos medios, esto es, informar o formar opinión al público en general, de allí que legalmente deban impedir la comisión de actos de injuria, lo que no sucede en el caso de las cuentas de Facebook.

9.5.5. Respecto de la facilitación para insultar, no se ha alegado ni acreditado en autos que el actor hubiere abierto su cuenta en Facebook para que terceros puedan injuriar o insultar al personal o a los funcionarios de la demandada, es decir, no se verifica que el demandante hubiere creado dicha cuenta para insultar o indicado a sus contactos que podían utilizar dicha cuenta para proferir injurias a la emplazada.

9.6. Segundo hecho: "El mismo lunes 8 de abril de 2013, usted compartió en su biografía del Facebook un fotomontaje del señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de la Empresa, acompañado por Natalia Malaga y el artista "Melchocrita", en el que todas llevaban puesta la camiseta de la selección peruana, y en el que los personajes mencionados se dirigen de la siguiente manera al señor Norberto Rossi:

Natalia Malaga: "Son trabajadores no colaboradores... desahuevate mierda!!!!(sic).

"Melchocrita": "Quitate ese camiseta IMBÉCIL!!!!!!" (sic).

Dicha fotografía había sido publicada originalmente en la biografía de Facebook del usuario SUTRAGRISA RIPLEY-MAX LOS OLIVOS el mismo día.

La sumilla de dicha publicación fue la siguiente: "Conferencia de prensa... Para variar las chicas del voley estaban ganando todos sus partidos, después de ese día perdieron 3 veces seguidas."

9.6.1. Sobre este punto, la demandada considera que el actor incurrió en la falta grave imputada debido a que compartió y difundió públicamente una imagen manipulada en la que las personas se dirigen al Director Ejecutivo de la Empresa diciéndole "desahuévate

¹⁰ Distinto es el caso de los delitos de favorecimiento a la prostitución en los que se sanciona la promoción y favorecimiento (artículo 179 del Código Penal), la explotación sexual de menores de edad en que se castiga la promoción, publicidad, favorecimiento o facilitación (artículo 181-A) o la publicación sobre delitos de libertad sexual a menores en el que se sanciona a los responsables de las publicaciones o ediciones a transmitirse a través de los medios de comunicación masivos que publicitan la prostitución infantil, el turismo sexual infantil o la trata de menores (artículo 182-A) o la pornografía infantil en el que se sanciona a quien posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico (artículo 183-A), en estos casos, los titulares de las cuentas de Facebook, y en general de toda red social interactiva, tiene la posición de garante respecto de los bienes jurídicos que se tutelan con estos delitos (la libertad e integridad sexual).

mierda" y que es un "imbécll", lo que afectó no sólo el honor y la buena reputación del funcionario sino también la imagen de la empresa frente a la opinión pública.

- 9.6.2. Verificada la copia de las publicaciones en la cuenta de Facebook del demandante de fojas 209, se tiene que se trata de una fotografía en la que se encuentran tres personas, al lado izquierdo el Director Ejecutivo de la demandada, al lado derecho la entrenadora de Vóley NATALIA MALAGA y al centro una persona en cuyo rostro se ha montado la cara del actor PABLO VILLANUEVA, conocido como "MELCOCHITA", no existiendo controversia alguna, entre las partes de que el actor no fue quien realizó tal fotomontaje realizado sobre una foto real (<http://www.serperuano.com/2011/06/supermercados-plaza-vea-es-el-patrocinador-oficial-de-la-seleccion-juvenil-de-voley/>), cuando el referido funcionario era Gerente General de Supermercados Peruanos (Plaza Vea).
- 9.6.3. Dicha publicación se trata de un "meme" que es utilizado en Internet para describir una idea, concepto, situación, expresión y/o pensamiento manifestado en cualquier tipo de medio virtual, cómic, video, textos, imágenes y todo tipo de construcción multimedia y colectiva que se populariza a través de Internet. Puede ser a través de un hipervínculo, foros, imageboard, sitios web y cualquier otro difusor masivo como lo son hoy en día las redes sociales¹⁷. Estos memes pueden ser humorísticos, aunque también pueden llevar un mensaje serio y profundo, como una lección de vida, pero que se caracterizan por su capacidad de transmisión viral, no por su veracidad¹⁸.
- 9.6.4. Si bien las expresiones vertidas en dicha publicación resultan ofensivas para cualquier persona, como se ha indicado anteriormente, este aspecto objetivo no es suficiente para acreditar la existencia de una falta grave del trabajador, pues es necesario establecer si fueron proferidas con ánimo de injuria, para lo cual debe analizarse el contexto en que dichas expresiones fueron realizadas.
- 9.6.5. Al respecto, se tiene que a fojas 149-165 se encuentran las cartas de suspensión remitidas por la demandada al actor, advirtiéndose que a éste se le suspende sin goce de haber el 1 de Marzo del 2013 (carta de fecha 25 de Febrero del 2013), los días 25 al 27 de Marzo del 2013 (carta del 22 de Marzo del 2013) y del 11 al 13 de Abril del 2013 (carta de fecha 8 de Abril del 2013), las cuales fueron respondidas por el demandante el 18 de Febrero del 2013 y 26 de Febrero del 2013 (fojas 108-114) y que incluso ha generado un proceso judicial por impugnación de sanción que actualmente se tramita ante el Primer Juzgado de Trabajo Permanente de Lima (fojas 469-471), por lo tanto, al momento de que el actor compartió y difundió el meme antes indicado, existía un conflicto con la empleada respecto de las sanciones impuestas, incluso la última sanción fue impuesta el mismo día en que ocurrieron los hechos, lo que lleva a concluir que el demandante no actuó con ánimo de injuria ni de faltamiento de palabra contra el Director Ejecutivo de la demandada ni contra la propia empleada, sino que de manera inapropiada e inadecuada mostró su disgusto por las sanciones impuestas.
- 9.6.6. Además debe tenerse en cuenta que la gravedad de la injuria "...depende del sentimiento subjetivo, particular o interno que ocasiona en la víctima, y que la intensidad

¹⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Meme_de_Internet

¹⁸ <http://aprenderinternat.about.com/od/Glosario/g/Que-Es-Meme.htm>

de ese sentimiento dependa a su vez, del sentido de honor que ella tenga de sí misma (...). Que el honor interno de cada persona, es decir la apreciación que de sus propios valores y virtudes tiene, debe diferenciarse del honor externo, que es la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de esa persona. La injuria, a diferencia de la calumnia y la difamación, incide sólo sobre el honor interno, que es muy subjetivo, pues depende de la escala de valores particular del individuo y de la comparación que sobre su propia conducta y su escala de valores, el mismo individuo realiza, sin que interese, a estos efectos, la apreciación externa de terceros, por lo tanto, la gravedad de la injuria debe ser apreciada por el Juez en cada caso concreto pues todo hecho supuestamente injurioso pueda no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona, por lo que en estos casos se debe investigar si se afectó el honor interno del tercero y que, en consecuencia, no estaba acostumbrado a tal hecho o si, al contrario, estaba acostumbrado a perdonarlo, o a consentirlo, de manera que no constituye, para ese individuo en particular, una injuria grave, independientemente del estrato social o económico al que pertenezca¹⁹.

9.6.7. En el presente caso, y conforme a lo señalado por la demandada, las frases que contienen el meme se encuentran dirigidos al Sr. NORBERTO ROSSI quien no es parte del presente proceso, y no se ha acreditado que éste hubiere considerado como una injuria hacia su persona las frases antes referidas, puesto que de las imputaciones realizadas no se advierte que la misma se hubiere iniciado por una comunicación o denuncia por parte de este funcionario que hubiere permitido a esta Judicatura establecer si realmente se afectó su honor y buena reputación²⁰, tampoco se ha acreditado de qué forma estas expresiones menoscabaron la imagen de la demandada ante la opinión pública.

9.7. Tercer Hecho: "El martes 9 de abril de 2013, usted publicó en su biografía de Facebook una fotografía de una mano sosteniendo una tarjeta con la palabra "INCOMPETENTE" en mayúsculas."

La sumilla de dicha publicación fue la siguiente: "¿A quién se le cayó esta tarjeta? ¿En que oficina puedo dejarla?" (sic). Además, usted etiquetó (es decir, incluyó) a diversos usuarios de la red social, tales como Sutragrisa Ripleyperu y Sutragrisa Sindicato Único Ripley Perú.

Seis (6) usuarios pulsaron la opción de "Me gusta" en esta publicación y nueve (9) la comentaron, siendo los comentarios más ofensivos los siguientes:

El usuario Sutragrisa Sindicato Único Ripley Perú (8 de abril a las 13:15), comentó: "De seguro se perdió defensor de RELACIONES LABORALES, sin contar que toda las gerencias deben tenerla..." (sic). Dicho comentario recibió un (1) "Me gusta".

El usuario Rigo Busk Aguilar Escobar, comentó (10 de abril a las 1:14): "Déjala a cualquier secretaria que ellas se las van a entregar a sus gerentes, por que allí es donde corresponde" (sic). Usted puso "Me gusta" en este comentario.

El usuario SUTRAGRISA RIPLEY-MAX LOS OLIVOS, comentó (10 de abril a las 1:55): "INCOMPETENTES AMAESTRADOS. CUANDO PASEN CERCA DE UN SUPERVISOR NUEVO DIGAN... AVER HASTE EL MUERTITO. VERAS LO QUE PASA" (sic). Dicho comentario recibió tres (3) "Me gusta". Uno de ellos fue suyo.

El usuario Jhoiver Trujillo, comentó (10 de abril a las 22:48): "Si muchos se demoran esas mierdas, me llega un par de incompetentes. En plaza norte hay varios incompetentes en sus cargos de supuestos supervisores???" (sic). Usted puso "Me gusta" a este comentario¹.

¹⁹ Fundamento Jurídico N° 2 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 29 de Abril de 1997 en el expediente N° 018-96-AI/TC.

²⁰ En el caso del delito de injuria, el artículo 138 del Código Penal establece que se trata de una acción privada, esto es, requiere que el ofendido accione directamente ante el Poder Judicial a fin de proteger su honor.

9.7.1. Sobre esta publicación, la demandada señala que el actor incurrió en la falta grave imputada debido a que:

- Señaló públicamente que la Empresa cuenta con personal Incompetente, lo que afectó no sólo el honor y buena reputación de sus compañeros de trabajo sino de la empresa frente a la opinión pública.
- Facilitó su perfil de Facebook como un medio para que se insulte al área de Relaciones Laborales, a los gerentes de la empresa y a los supervisores de Plaza Norte.
- Consentir estas conductas al no eliminar inmediatamente todo comentario injurioso y manifestar su expresa aprobación de tales calificativos al pulsar la opción "me gusta"

9.7.2. Al respecto se tiene que a fojas 221-226 obra la impresión de la cuenta de Facebook del actor en la que efectivamente éste publica una fotografía en la que se ve una mano que agarra una tarjeta blanca que en letras negras mayúsculas dice "INCOMPETENTE" y los comentarios a que hace referencia la demandada; sin embargo, la publicación de dicha imagen no contiene ofensa alguna hacia algún compañero de trabajo ni a la demandada, puesto que no se advierte tal como en dicha publicación pues de manera genérica lanza un calificativo sin advertir que el mismo se encuentre dirigido a algún funcionario, trabajador o representante de la demandada, por lo que resulta un exceso de celo de la emplazada es considerar que éste se refería a todo su personal; asimismo, la mención de "¿En qué oficina pueda dejarla?" no puede considerarse como una referencia implícita a una sección o área de la demandada, pues se trata de una expresión genérica e imprecisa que no permite identificar quién es el incompetente ni qué oficina es la incompetente, por lo que el hecho de que la emplazada considere que tal comentario fue dirigido hacia su personal, constituye una interpretación suya que no puede ser atribuida al actor.

9.7.3. En cuanto a la facilitación y al consentimiento de dichas conductas, las mismas que se encuentran referidas a comentarios realizados por terceros y que la imputación se encuentra referida a no haber eliminado dichos comentarios, debe reproducirse en extenso lo señalado en los puntos 9.5.3, 9.5.4 y 9.5.5 de la presente sentencia, pues también se trata de un caso de omisión de un hacer.

9.7.4. En lo relativo a las pulsaciones realizadas por el demandante en los comentarios de terceros, debe tenerse en cuenta que respecto de lo consignado por el usuario RIGO BUSIK ESCOBAR no puede considerarse como agravante pues se trata de una expresión genérica e imprecisa cuando se hace mención a "gerentes", en todo caso, la palabra "Incompetente" constituye una expresión calificativa que expresa el parecer u opinión hacia un tercero, por lo que su connotación no es injurioso sino calificativa.

9.7.5. Lo mismo sucede en el caso del comentario del usuario SUTRAGRISA RIPLEY-MAX LOS OLIVOS pues también se hace referencia sólo a "supervisor" sin indicar de quién o quiénes se trata; asimismo, respecto del usuario JHOVER TRUJILLO se tiene que éste responde a un comentario del usuario DILO SOTELO quien manifiesta que se encuentra esperando hace 10 días su certificado de trabajo y su liquidación, agregando que ya pasaron 48 horas de ley y si a viernes no se le otorga estos documentos asistirá al

ministerio, por lo que bajo ese contexto, el hecho de que el demandante hubiere pulsado "me gusta" no constituye un acto de injuria, ni se advierte que dicha acción fue realizada con el ánimo de injuriar a algún supervisor de Plaza Norte.

- 9.8. Siendo así, se advierte que las conductas imputadas como faltas graves por parte de la demandada al actor, no tienen tal condición, por lo que el despido del demandante no se encuentra justificado.

10. La Libertad Sindical.-

- 10.1. Según lo señalado en el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política, el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, además cautela su ejercicio democrático garantizando la libertad sindical. "... Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga (...). El aspecto orgánico de la libertad de sindicación se halla reconocido expresamente en el artículo 2º del Convenio N.º 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, precisando que consiste en 'el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, (...)'. Por otra parte, según el artículo 1º, inciso 2), literal 'b', la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación se extiende también 'contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)'²¹.
- 10.2. Siendo así, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos como derechos fundamentales por nuestra Constitución, "... imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.º del Convenio N.º 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.º del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva) (...). Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así

²¹ Fundamentos Jurídicos N° 8 y 10 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 11 de Julio del 2002 en el expediente N° 01124-2001-AA/TC.

como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga", por lo que la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no sólo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados, sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado²².

- 10.3. Conforme a lo señalado en el artículo 30 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, el fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación, advirtiéndose que esta protección resulta necesaria puesto que "Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gozan de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo -tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales- y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tenerla garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato. El Comité ha estimado que tal garantía, en el caso de dirigentes sindicales, es también necesaria para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores han de contar con el derecho de escoger a sus representantes con plena libertad"²³

- 10.4. En el presente caso se aprecia que el demandante señala que su despido obedeció a actos de represalia de parte de la demandada por su condición de Secretario de Defensa del SUTRAGRISA al haber realizado intensa actividad sindical en defensa de los derechos de los afiliados y por ejercer el cargo de representante de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, advirtiéndose que a fojas 97-107 corre el Acta de la Asamblea Nacional Extraordinaria de Elecciones del SUTRAGRISA mediante el cual se elige al actor como Secretario de Defensa, lo que es comunicado a la demandada el 22 de Enero del 2013 y a la autoridad administrativa de trabajo el 23 de Enero del 2013; asimismo, a fojas 457 obra la copia del Acta de Instalación del Comité Central de Seguridad y Salud en el Trabajo en el cual el demandante figura como miembro titular.

²² Fundamentos Jurídicos N° 10, 12 y 13 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 28 de Noviembre del 2005 en el expediente N° 0206-2005-PA/TC.

²³ La libertad sindical. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición (revisada) 2006)

- 10.5. En cuanto a la actividad sindical del demandante, se tiene que a fojas 23-27 corre la copia de la solicitud de inspección por práctica antisindical y actos de hostilización presentado por el SUTRAGRISA, ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con fecha 19 de Febrero del 2013, el cual se encuentra suscrito por el demandante y otros 2 dirigentes sindicales; asimismo, a fojas 45-47 obra la solicitud de inspección urgente presentada ante la misma autoridad de trabajo a efectos de que se compruebe el incumplimiento de convenio colectivo y a fojas 48-51 corre la comunicación dirigida a un Inspector de Trabajo respecto de actuaciones inspectivas a la demandada, los mismos que también se encuentran suscritos por el accionante.
- 10.6. Cuando el trabajador invoca la existencia de un despido nulo, esto es, "... 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"²⁴.
- 10.7. Siendo así, habiéndose acreditado que el demandante tenía la condición de Secretario de Defensa del SUTRAGRISA al momento del despido, hecho que le fue puesto en conocimiento de la emplazada, además se encuentra acreditado que éste ejerció dicho cargo solicitando a la autoridad administrativa de trabajo que realice actuaciones inspectivas de investigación a la emplazada, las mismas que se llevaron a cabo conforme aparece del requerimiento y acta de infracción de fojas 52-96, se advierte que el demandante cumplió con aportar indicios razonables del actuar legítimo de la demandada, advirtiéndose que ésta no cumplió con acreditar la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado por el demandante ni con aportar elementos suficientes para demostrar que existe una justificación objetiva y razonable de la decisión adoptada, en aplicación de lo señalado en el artículo 25.3 de la Ley Procesal del Trabajo, motivos por el cual esta Judicatura da por cierto que el cese del demandante se debió a su condición de representante de los trabajadores y a su actividad sindical, motivo por el cual el despido realizado por la demandada deviene en nulo al haberse incurrido en las causales contempladas en los literales a) y b) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

11. La Queja o Proceso contra el Empleador.-

- 11.1. Según lo señalado en el inciso c) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR es nulo el despido que tenga por motivo la presentación de una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave consistente en los actos de violencia, grave Indisciplina, Injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral.

²⁴ Fundamento Jurídico N° 19 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 10 de Octubre del 2008 en el expediente N° 03169-2006-PA/TC.

- 11.2. En ese sentido, en el ámbito de las relaciones, se reconoce al trabajador el derecho de recurrir contra su empleador para reclamar respecto de los incumplimientos e infracciones que cometa, sin que esta circunstancia origine la extinción del contrato de trabajo; lo que constituye una manifestación del Principio de Continuidad, que se aprecia en la permanencia del contrato pese al incumplimiento o la violación incurrida por el empleador²⁶.
- 11.3. Por otro lado, el derecho de acceso a la justicia tiene un reconocimiento constitucional al ser considerada una Garantía Fundamental de Tutela Jurisdiccional Efectiva, contemplada en el inciso 3) del artículo 139 de nuestra Carta Magna ya que el derecho a la tutela efectiva " ...se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho y, finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida..."²⁹, por lo que el ejercicio de este derecho no puede ser restringido en el desarrollo de la relación laboral ni debe servir de sustento para despedir al trabajador.
- 11.4. Bajo este contexto, "... debe establecerse que en caso de nulidad de despido el trabajador no sólo debe acreditar la relación laboral, sino, además, el motivo del despido, para lo que no es suficiente acreditar la existencia del proceso judicial instaurado, sino que es de cargo del recurrente demostrar la existencia del nexo - causal entre el despido y la cause alegada, es decir, que el hecho fue producto de una represalia por parte del empleador lo cual se demuestra a partir de la existencia actitudes o conductas precedentes de éste último que evidencian el propósito de impedir arbitrariamente cualquier reclamo de sus trabajadores-(...) Que, entonces, esta norma sanciona con la nulidad, el despido ejecutado, por el empleador como represalia contra el trabajador que en defensa de sus derechos e intereses ha formulado una queja o iniciado un proceso ante las autoridades competentes, esto es, tratándose de una queja ante las Autoridades Administrativas y en el caso de un proceso ante el órgano Jurisdiccional, lo cual viene a advertir que cuando la norma denunciada se refiera a una queja o reclamo no se está refiriendo a una reclamación directa que el trabajador haga a su empleador sino a aquella que han sido materializadas y formalizadas en sede administrativa o judicial, exigiendo además para su configuración que el recurrente demuestre la existencia del nexo causal entre el despido y la causa alegada a fin de evidenciar que el hecho fue producto de una represalia por parte del empleador (...) Que, asimismo, según el segundo párrafo del citado artículo 47 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, la protección se extiende hasta tres meses de expedida la resolución consentida que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento; es decir que el acto del despido del trabajador se produzca con posterioridad a la formulación de la queja o del proceso judicial de naturaleza laboral en defensa de sus derechos reconocidos por la ley y no con ánimo de perjudicar al empleador o de tener un medio de prueba para defenderse frente

²⁶ FLA RODRÍGUEZ, Américo y FERRO DELGADO, Violeta. Citados por BLANCAS BUSTAMANTE en Ob. Cit. Pág. 309-314.

²⁹ Fundamento Jurídico N° 14 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 28 de Enero del 2005 en el expediente N° 04080-2004-AC/TC.

COORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
 DECIMO PRIMER JUZGADO DE TRABAJO PERMANENTE DE LIMA
 Av. Abancay N° 800, Piso 18 - Cercado de Lima (Edificio Javier Alzamora Valdez)

PODER JUDICIAL
 DEL PERU

a un posible despido por causa justa, por lo que tratándose de parámetros temporales, éste debe ser efectuado dentro de un plazo tan cercano que produzca convicción en el Juzgador que el móvil por el cual se ha roto el vínculo laboral es la represalia por el reclamo formulado; por lo que, tratándose de quejas administrativas efectuadas por uno o varios procesos judiciales instaurados dicha protección; en su término final, se extiende hasta dentro de tres meses de consentida la resolución gire cause estado o ejecutoriada...²⁷

- 11.5. Por lo tanto, para efectos de la configuración de esta causal, requiere de dos requisitos especiales: el primero que la queja o proceso sea presentado ante las autoridades administrativas y judiciales, y segundo que la queja o proceso incoado por el trabajador contra su empleador estuviera en curso al momento del despido.
- 11.6. En el presente caso, se tiene que a fojas 23-27 y 45-51 obran las solicitudes presentadas por el SUTRAGRISA ante la autoridad administrativa de trabajo, advirtiéndose que en las mismas interviene el actor como Secretario de Defensa del sindicato, lo que originó que se genere la Orden de Inspección N° 1760-2013-MTPE/1/20.4 que concluyó en la emisión de un Acta de Infracción N° 1186-2013 de fecha 17 de Abril del 2013 mediante la cual se propone la imposición de una multa de S/. 103,600.00 a la empleada por actos que afectan la libertad sindical, por incumplimiento de convenio colectivo y por no cumplir con la medida de requerimiento.
- 11.7. Siendo así, se advierte que para cuando se realizó el despido del demandante (30 de Abril del 2013), aún no había transcurrido el plazo de 3 meses desde que se expidió la referida acta de infracción, que daría inicio al procedimiento inspectivo sancionador, por lo que resulta evidente el nexo causal existente entre estas comunicaciones ante la autoridad administrativa de trabajo y el despido realizado dentro del plazo de protección contemplado en el mencionado artículo 47 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, motivo por el cual se ha configurado el despido nulo contemplado en el inciso c) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- 11.8. Consecuentemente, advirtiéndose que el despido del demandante resulta nulo, corresponde que se ordene su reincorporación en el centro de trabajo o en su defecto, en uno de similar naturaleza que no implique una reducción de la categoría y remuneración percibida con anterioridad al despido.
- 11.9. Respecto de las remuneraciones devengadas, se tiene que el artículo 40 del Decreto Supremo N° 003-97-TR señala que al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los periodos 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, motivo por el cual, advirtiéndose que esta pretensión es de naturaleza accesoria por lo que sigue la suerte del principal, además debe tenerse en cuenta que cuando la accesoriidad viene determinada por ley, éstas se incorporan de pleno derecho al proceso aún cuando no hubieren sido invocadas por el justiciables, motivo por el cual, habiéndose declarado la

²⁷ Fundamentos Jurídicos Noveno, Décimo y Décimo Primero de la Sentencia en Casación emitida por la Sala de Derecho Social y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con fecha 14 de Marzo del 2012 en el expediente N° 2610-2011-LA LIBERTAD.

nulidad de despido, debe ordenarse el pago de las remuneraciones devengadas así como el depósito de la CTS correspondiente.

11.10. Asimismo, habiéndose estimado la pretensión principal de despido nulo, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de la pretensión subordinada de indemnización por despido arbitrario.

12. Pago de Costas y Costos.-

12.1. Corresponde que la demandada reembolse al actor los gastos por concepto de costas y costos del proceso de conformidad con lo señalado en el artículo 412 del Código Procesal Civil, el mismo que establece que el reembolso de los costos y costas del proceso son de cargo de la parte vencida, salvo declaración expresa y motivada de exoneración.

IV. FALLO:

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 31 de la Ley Procesal del Trabajo y las demás normas legales mencionadas, con el criterio de conciencia que la Ley faculta e Impartiendo Justicia a Nombre de la Nación, el Señor Juez del Décimo Primer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, RESUELVE: DECLARAR:

1. FUNDADA la demanda de reposición por despido nulo de fojas 132 a 144, subsanada a fojas 178 a 183 de autos, interpuesta por GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO contra TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY S.A., en consecuencia:

1.1. Declaro NULO el despido del demandante realizado por la emplazada el día 30 de Abril del 2013.

1.2. Se ordena que la demandada cumpla con REPONER al demandante en su puesto de trabajo, o en su defecto, en uno de similar naturaleza que no implique una reducción de la categoría y remuneración percibida con anterioridad al despido.

1.3. Se ordena que la demandada pague al demandante las remuneraciones devengadas desde el 1 de Mayo del 2013 hasta la fecha de reposición efectiva del demandante, así como el depósito de la compensación por tiempo de servicios de dicho periodo más los correspondientes intereses financieros y cuya liquidación se practicará en ejecución de sentencia.

2. ORDENESE a la demandada al pago de las costas y costos del proceso y NOTIFIQUESE conforme a ley.-

CARGO

PODER JUDICIAL
 48
 OFICINA GENERAL

Expediente No: 12945-2013,
 Especialista Legal: Dra. Apaza Chupa
 Escrito No. 6.
 Sumilla: APELAMOS SENTENCIA

SEÑOR JUEZ DEL DÉCIMO PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO DE TRABAJO
 PERMANENTE DE LIMA:

TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY S.A. (en adelante, "RIPLEY"), debidamente representada por Sebastián Soltau Salazar, según poder que obra en el expediente, en los seguidos por Glancarlos Cornejo Alvarado, sobre reposición por despido nulo, atentamente decimos:

El 19 de marzo de 2014 nos fue notificada la Resolución No. 9, mediante la cual su Juzgado declara fundada la demanda interpuesta por el señor Cornejo Alvarado y, por consiguiente, nos ordena que cumplamos con reponerlo en su puesto de trabajo.

Por ello, al amparo de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal Laboral (en adelante, "NLPT"), interponemos **RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia mencionada, en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que exponemos a continuación:

I. PRETENSIONES IMPUGNATORIAS

- 1.1. Pretensión impugnatoria principal: Que el órgano jurisdiccional superior ANULE la sentencia, debido a que esta vulnera nuestros derechos constitucionales a probar y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.
- 1.2. Pretensión impugnatoria subordinada: Que el órgano jurisdiccional superior REVOQUE la sentencia y la declare infundada en todos sus extremos, debido a que esta incurre en diversos errores de hecho y de derecho.

II. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSION IMPUGNATORIA PRINCIPAL

- 2.1. La sentencia vulnera nuestro derecho constitucional a probar:

Durante la audiencia de juzgamiento que se llevó a cabo el 27 de setiembre de 2013, el Juzgado no admitió las dos pericias que ofrecimos como medios probatorios de nuestra contestación (minutos 33:50 al 41:38 del segundo video). Para sustentar esta decisión, invocó lo dispuesto por el artículo 190 del Código Procesal Civil e incluso señaló expresamente -en respuesta a una pregunta formulada por nuestra parte- que ambas pericias "no tienen que ver con el proceso en sí" (minuto 34:56 del segundo video). En otras palabras, a criterio del Juzgado, estos medios probatorios eran impertinentes.

Si bien esta decisión fue apelada oportunamente porque vulnera de manera manifiesta de nuestro derecho constitucional a probar, debemos resaltar que la sentencia no hace más que confirmar que el Juzgado se equivocó al no admitir ni actuar ambas pericias.

La sentencia alude, en más de una oportunidad, a categorías penales para determinar si el señor Cornejo Alvarado incurrió en la falta grave tipificada en el literal f) del artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (en adelante, "LPCL"). Así, por ejemplo, en el fundamento 9.5.3, se refiere al deber de garante en los delitos por omisión. Esto demuestra que la pericia del Dr. Iván Meiri Méndez era un medio probatorio absolutamente pertinente que debió ser admitido y actuado durante la audiencia de juzgamiento.

Por otro lado, la sentencia se pronuncia sobre las características y el funcionamiento de Facebook. Incluso lo distingue de otros medios de comunicación social como los periódicos, las revistas o los blogs, para concluir que el señor Cornejo Alvarado no incurrió en una falta grave que justificará su despido. Esto demuestra que la pericia del magister Eduardo Villanueva Mansilla era un medio probatorio absolutamente pertinente que debió ser admitido y actuado durante la audiencia de juzgamiento.

Lo más preocupante es que, teniendo ambas pericias a su disposición, el Juzgado haya terminado remitiéndose a fuentes informales como el portal www.wikipedia.org o, lo que es peor, se haya apartado de los criterios vinculantes desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario No. 3-2006/CJ-116 -citado en la pericia

del Dr. Iván Meini Méndez- y la Casación No. 1938-98 LIMA, sin siquiera citar las fuentes que sustentarian tal apartamiento.

Este defecto justifica, por sí solo, que la sentencia sea anulada. Es innegable que ambas pericias son medios probatorios pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos controvertidos del caso. Por consiguiente, corresponde que sean admitidas y actuadas. De lo contrario, se estaría limitando -sin justificación alguna- el ejercicio de nuestro derecho constitucional a probar.

2.2. La sentencia vulnera nuestro derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales:

2.2.1. Supuesto de falta de motivación interna del razonamiento¹:

Según la sentencia, es un hecho probado que el señor Cornejo Alvarado compartió y difundió en su perfil público de Facebook un fotomontaje en el que dos personas se dirigen al Director Ejecutivo de RIPLEY, el señor Norberto Rossi, diciéndole "desahuévate mierda" e "imbécil".

Después de describir la publicación, el Juzgado establece como premisa de su razonamiento que "(...) las expresiones vertidas en dicha publicación resultan ofensivas para cualquier persona (...)" (el énfasis es nuestro). En otras palabras, ratifica que nos encontramos frente a insultos.

Lo increíble es que finalmente el Juzgado concluye que estos insultos no configuraron la falta grave tipificada en el literal f) del artículo 25 de la LPCL, ya que:

(i) el señor Cornejo Alvarado no actuó con ánimo de injuria; y, (ii) no se ha

¹ En el Fundamento 7 de su sentencia recaída en el Expediente No. 728-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional se refirió a este vicio en la motivación en los siguientes términos: "La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] 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 lado, 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; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa."

En este plano uno podría señalar que, según la sentencia, RIPLEY y su Director Ejecutivo son lo mismo.

Sin embargo, cuando se trata de determinar si los insultos lesionaron el honor y la buena reputación del Director Ejecutivo de RIPLEY, si se hace una distinción radical entre ambos. Es más, para intentar sustentar sus conclusiones, el Juzgado llega a resaltar el hecho de que el señor Norberto Rossi no es parte del presente proceso.

En primer lugar, corresponde indicar que es absurdo que el Juzgado exija que se acredite el perjuicio al honor y a la buena reputación cuando él mismo ha establecido -como premisa de su razonamiento- que las expresiones resultan ofensivas para cualquier persona. Además, como lo explica la pericia del Dr. Iván Meini Méndez, los sentimientos de la víctima no son relevantes para efectos de determinar si hay o no injuria. Tan es así que el honor y la buena reputación pueden ser lesionados frente a terceros, sin que la víctima siquiera se entere.

Lo que más nos llama la atención, es que la propia sentencia resalte que en el delito de injuria la acción penal es privada, para acto seguido cuestionar que el señor Norberto Rossi no haya presentado una denuncia. El hecho que tal denuncia no exista -por decisión libre y voluntaria del señor Norberto Rossi- no significa que el señor Cornejo Alvarado no haya insultado al Director Ejecutivo de RIPLEY y, por consiguiente, incurrido en las faltas graves que le fueron imputadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que el criterio del Juzgado en el sentido que una denuncia penal es la única manera en que la víctima puede manifestar su disconformidad con los insultos no tiene mayor asidero. Recordemos que el señor Norberto Rossi es el Director Ejecutivo de RIPLEY, y que fue RIPLEY -en ejercicio legítimo de su poder de dirección- quien despidió al señor Cornejo Alvarado. ¿Este procedimiento de despido no es prueba suficiente de la afectación al honor y la buena reputación del señor Norberto Rossi? El sentido común nos dice que sí.

2.2.2. Primer supuesto de inexistencia de motivación o motivación aparente³:

³ En el Fundamento 7 de su sentencia recaída en el Expediente No. 728-2008-PHC/TC, el Tribunal Constitucional se refirió a este vicio en la motivación en los siguientes términos: "Está fuera de toda

subsanao por la sentencia de vista, ya que -como hemos explicado- el Juzgado ni siquiera se ha pronunciado sobre la configuración de la falta grave tipificada en el literal a) del artículo 25 de la LPCL, y el numeral 6) del artículo 139 de la Constitución Política de 1993 reconoce el derecho constitucional a la pluralidad de la instancia. Esto quiere decir que tenemos derecho a que dos órganos jurisdiccionales se pronuncien sobre este asunto, no siendo suficiente que sólo uno de ellos -el de segunda instancia- lo haga.

III. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA

3.1. Con relación al primer hecho analizado en la sentencia⁴:

Según la sentencia, a pesar de que en el perfil público del señor Cornejo Alvarado se han consignado insultos en contra de directivos de RIPLEY, este hecho no constituiría una falta grave porque la falta grave tipificada en el literal f) del artículo 25 de la LPCL, supuestamente, "(...) requiere un acción de parte del trabajador, esto es, un <<hacer>> no de una omisión>> (...) "⁵.

En primer lugar, no se descarta que el comportamiento del señor Cornejo Alvarado consistente en permitir que terceros insulten y ofendan a sus superiores jerárquicos y/o compañeros de trabajo sea un comportamiento reprochable; más bien, se sostiene que dicho comportamiento reprochable no estaría tipificado en el literal f) del artículo 25 de la LPCL porque dicha falta, supuestamente, requiere un comportamiento activo. Pues bien, y sin perjuicio de que ello es incorrecto, el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo de RIPLEY, cuya inobservancia también fue imputada⁶, establece lo siguiente:

"Es obligación de todos los empleados tratar respetuosamente a sus superiores, compañeros de trabajo y público en general, consiguientemente, les está prohibido cualquier forma de trato que impliquen una falta de respeto o actos de naturaleza análoga o similar, que puedan perjudicar la buena imagen de RIPLEY" (el énfasis es nuestro).

⁴ Fundamentos 9.5.3. y siguientes de la sentencia.

⁵ Fundamento 9.5.3. de la sentencia.

⁶ Al respecto, se debe tener en cuenta que en las cartas ofrecidas como Anexo 1-K de la demanda, el señor Cornejo Alvarado reconoce, expresamente, que: "Como trabajador sindicalizado conozco mis obligaciones expuestas en el Reglamento Interno de Trabajo (...)".

De tal forma, si en la sentencia se hubiera analizado si se configuró la falta grave prevista en el literal a) del artículo 25 de la LPCL, se hubiera concluido -bajo la lógica de la sentencia que realiza un distingo donde no lo hay- la validez del despido. Elio, porque el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo de RIPLEY prohíbe el faltamiento de respeto de cualquier forma, activa u omisiva, siguiendo la lógica de la sentencia. Por tanto, el despido es válido.)

En segundo lugar, sobre la falta grave prevista en el literal f) del artículo 25 de la LPCL, BLANCAS BUSTAMANTE señala que es necesario recurrir a la calificación prevista en el artículo 130 del Código Penal para poder determinar su configuración. Al respecto, el autor citado ha señalado lo siguiente:

"En efecto, conforme al tipo penal de esta figura, al que es preciso recurrir ante la simple referencia de la LPCL a la <<injuria>>, sin entrar aquella a definir el contenido que este podría tener en el ámbito laboral, debe entenderse que comete este delito <<El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho>>, según el tenor del Art. 130 del Código Penal" (el énfasis es nuestro).

Así, pues, si se hubiera admitido y actuado la pericia del Dr. Iván Meinl Méndez, el Juzgado hubiera podido advertir lo siguiente:

"La responsabilidad penal se deriva de dos tipos de comportamientos: activos y omisivos. En el primer caso se realiza un comportamiento que pone en riesgo o lesiona el bien jurídico protegido. En el segundo caso se omite cumplir un deber que tiene por finalidad evitar que un bien jurídico sea puesto en riesgo o lesionado por un tercero (el enfermero del violento paciente con alucinaciones mentales que agrede a terceros) o por un hecho de la naturaleza (salvavidas, bombero, etc.). En los casos de delitos perpetrados mediante comportamientos omisivos será responsable quien tenga el deber de garante."

En términos generales se puede decir que el deber de garante recae en quienes han asumido libre y voluntariamente el compromiso de administrar una "fuente de riesgo" para bienes jurídicos y, en consecuencia, se obligan a que dicha fuente no lesione los bienes jurídicos. Expresado con otras palabras, el deber de garante consiste en evitar que las actividades de las cuales uno es responsable no lesionen bienes jurídicos ajenos."

Por tal razón, el experto en materia penal concluyó lo siguiente:

"(...) en la medida en que cada muro en Facebook tiene un administrador (responsable), es esa persona quien tiene el deber de usar dicho medio de comunicación social sin que lesione"

⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Jurista Editores, 2013, p. 261.

el honor de terceros. El deber de usar lícitamente el Facebook conlleva que el control que tiene que desplegar el administrador para evitar lesionar el honor de terceros, recaiga no solo en los comentarios, ideas o imágenes que él incorpora a su muro, sino también en aquellos comentarios, ideas o imágenes que otras personas incorporan en su muro."

Además, el control que tiene cada titular del Facebook sobre las publicaciones que son realizadas en su muro también fue analizado por el magister Eduardo Villanueva Mansilla, quien explicó que "(...) los comentarios pueden ser borrados por aquellos que los ponen, o por el originador de la publicación, que viene a ser su dueño. Si un comentario no le gusta al que ha publicado una foto, puede retirarlo." Es decir, queda absolutamente claro que el insulto solo pudo haber sido publicado con la anuencia del señor Cornejo Alvarado, quien tenía el control sobre las publicaciones realizadas en su perfil público de Facebook; no obstante ello, y a pesar de ser determinante para resolver la controversia, dicha pericia tampoco fue admitida ni actuada en el presente proceso.

Finalmente, en la sentencia se concluye que el señor Cornejo Alvarado sí hubiera sido responsable por su omisión, y por tanto el despido hubiera sido válido, si las ofensas hubieran sido consignadas en un "blogg"⁸. Este razonamiento no tiene ningún sustento y, por el contrario, basta revisar la pericia del magister Eduardo Villanueva Mansilla para concluir que, al igual que un blog, el Facebook es un medio de comunicación social, de modo que la falta grave de injuria y/o faltamiento de palabra -incluso bajo la lógica de la sentencia- sí se ha configurado.

3.2. Con relación al segundo hecho analizado en la sentencia⁹:

Según la sentencia, dicho comportamiento no constituye una falta grave que justifica el despido del señor Cornejo Alvarado porque: (i) "(...) el demandante no actuó con ánimo de injuria ni de faltamiento de palabra (...) "¹⁰; y, (ii) "(...) de manera inapropiada e inadecuada mostró su disgusto por las sanciones impuestas" al señalar que el Director Ejecutivo de RIPLEY era un "imbécil" a quien un trabajador se puede referir con un "desahuévate mierda"

⁸ Fundamento 9.5.4, de la sentencia.

⁹ Fundamentos 9.6. y siguientes de la sentencia.

¹⁰ Fundamento 9.6.5. de la sentencia.

Estas cuestiones hubieran podido ser explicadas por el Dr. Iván Meini Méndez durante la audiencia de juzgamiento; no obstante, su pericia no fue admitida por el Juzgado y no pudo ser actuada.

Finalmente, en la sentencia se ha hecho referencia a la "gravedad de la injuria". Este análisis omite dos cuestiones: (i) si se configura la Injuria y/o faltamiento de palabra, aquello es un delito y, por el principio de lesividad, necesariamente califica como una falta grave laboral al tratarse del mismo comportamiento¹⁴; y, (ii) la "gravedad" de la injuria y/o faltamiento de palabra no constituye un requisito para la configuración de la falta grave, de acuerdo a la Casación No. 1938-98 LIMA en la que la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que:

"(...) la Ley Laboral ha definido como falta grave a la injuria sin distinción o condicionamiento adicional, siendo manester aceptar entonces que, en ella, es suficiente únicamente que la injuria se encuentra presente, con prescindencia de su gravedad como tal, para que se configure la causal de despido, pues su sola aparición implica la existencia de la falta" (el énfasis es nuestro).

Inclusive, si se hubiera admitido la pericia del Dr. Iván Meini Méndez, se hubiera podido apreciar que en este caso se ha configurado el delito de difamación agravada, que es la forma más grave de lesionar el honor de una persona. En este caso, la gravedad de la falta radica en que no sólo se insultó o agravó al Director Ejecutivo de RIPLEY, sino que se le insultó en un medio público determinando que cualquiera persona pudiera enterarse.

Doctrina autorizada ha señalado que se justifica el despido cuando, mediante expresiones ofensivas y agraviantes "(...) se comprometa el principio de jerarquía o afecte el necesario respeto que se debe guardar a sus compañeros de trabajo y, en particular, a sus superiores"¹⁵. En este caso, la humillación pública sufrida por el Director Ejecutivo de RIPLEY, definitivamente, ha comprometido el principio de jerarquía; pero, lo que es peor, la sentencia ha determinado que, cada vez que un trabajador se encuentre disconforme con un comportamiento del empleador, se encontrará autorizado a insultarlo públicamente

¹⁴ Al respecto, TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal". En: Revista de la Facultad de Derecho de la Facultad de la Universidad Complutense de Madrid, No. 83, 1981, p. 139.

¹⁵ TOLEDO TORIBIO, Omar. "El Facebook y el Derecho Laboral". En: *Derecho Procesal Laboral. Principios y competencia en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497*. Lima: GRJLEY, 2011, p. 131.

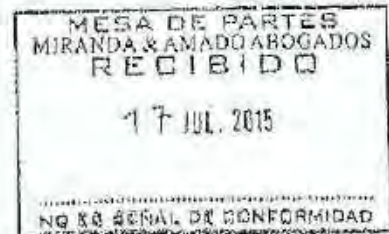


Señores:

TOLEDO TORIBIO

CARLOS CASAS

ESPINOZA MONTOYA



Lima, 03 de julio de 2015

VISTOS:

En Audiencia Pública de Oralidad e interviniendo como Jueza Superior
Porente la Señora Carlos Casas.

ASUNTO:

Viene en revisión a esta instancia la Resolución emitida en Audiencia de
Juzgamiento de fecha 27 de setiembre del 2013 (fojas 833 a 836), que
declara impertinentes las pericias de parte; en mérito a la apelación
interpuesta por la demandada, obrante a fojas 843 a 847; y, la Sentencia N°
050-2014-11JETPL, de fecha 19 de marzo del 2014 (fojas 1210 a 1228) que
declara fundada la demanda; en mérito al recurso de apelación interpuesto
por la parte demandada, obrante de fojas 1268 a 1287.

AGRAVIOS:

La parte demandada expresa los siguientes agravios

1. Respecto a la Resolución emitida en la Audiencia de Juzgamiento, el
A quo ha incurrido en error al declarar improcedente las dos pericias
ofrecidas por la demandada, consecuentemente ha violentado el derecho
constitucional a probar de la demandada; pues, el informe pericial elaborado
por un experto en Derecho Penal se relaciona directamente con uno de los

PROCESO PENAL
1



hechos controvertidos por las partes: La configuración de la falta grave tipificada en los literales a) y f) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del D.L. 728. Y el informe pericial elaborado por un experto en internet, tecnologías de la información y redes sociales, se relaciona directamente con los hechos controvertidos por las partes: La realización de un acto de trasgresión informática (hackeo), las implicancias de la función "compartir" que pueden utilizar los usuarios de Facebook y el acrónimo y su significado en las redes sociales. Pues para resolver la presente litis, se tendrá que tener un conocimiento pleno sobre lo que es Facebook y cómo funciona.

2. En torno a la **SENTENCIA**; con la no admisión de las dos pericias ofrecidas por la demandada, se ha lesionado el derecho constitucional a probar. En la sentencia el A quo alude a las categoría penales para determinar si el demandante incurrió en la falta grave tipificada en el literal f)) del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, refiriéndose al deber de garante en los delitos por omisión, por ello era necesaria la pericia del experto en Derecho Penal. En cuanto al tema del Facebook resultaba necesaria la pericia del experto en informática, sin embargo el Juez recurre a fuentes informales como Wikipedia para resolver la causa.

3. El A quo en la sentencia señala que es un hecho probado que el demandante Giancarlo Cornejo Alvarado compartió y difundió en su perfil público de Facebook un fotomontaje en el que dos personas se dirigen al Director Ejecutivo de Ripley con expresiones ofensivas, pero que estas expresiones son ofensivas para cualquier persona pero sin embargo concluye que no constituye falta grave porque el actor no tuvo la intención de injuriar al señor Rossi ni se ha acreditado que éste se hubiere sentido injuriado. Lo cual es contradictorio. Además el A quo justifica la conducta del actor por el contexto en que sucedieron los hechos y era que se le venía imponiendo sanciones.

PODER JUDICIAL

.....
FACILITADO POR EL TRIBUNAL
2



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE
Expediente N° 12945-2013-0-1801-JR-LA-11

4. El A quo cuando trata de justificar los insultos proferidos por el demandante, no hace distingo entre RIPLEY y la persona de su Director Ejecutivo Norberto Rossi. Sin embargo cuando se trata de determinar si los insultos lesionaron el honor y reputación del Director Ejecutivo de RIPLEY, sí hace una distinción radical entre ambos, incluso el Juez llega a señalar que el señor Norberto Rossi no es parte del presente proceso.

5. Es incomprensible cómo el A quo llega a la conclusión que el demandante no tenía el deber de garante respecto de todo lo que terceros publicaran en su perfil público de Facebook, a pesar de que el actor podía adoptar una serie de medidas preventivas como bloquear a un contacto que suele insultar o medidas correctivas como eliminar el comentario injuriante, como administrador y dueño de su perfil público de Facebook.

6. El Juez yerra cuando considera que el actor no tenía el deber de garante porque no hay una obligación legal que se lo imponga y la utilización de su cuenta Facebook, no generan peligro inminente de que se expresen injurias contra terceros. Es falso que las publicaciones hechas por el demandante en Facebook etiquetando a otros usuarios relacionados a RIPLEY no generara el peligro inminente que se insultara a trabajadores de Ripley, pues este peligro se materializa en una lesión al honor y la buena reputación del señor Norbeto Rossi, así como a otras categorías de trabajadores que han recibido calificativos de peor calibre.

7. En la Sentencia el Juez niega que los usuarios de Facebook asuman un deber de garante basándose en fundamentos genéricos y vagos que no permiten comprender por qué los usuarios de Facebook que tiene un perfil público, a pesar de ser administradores y dueños de su perfil, no deben asumir responsabilidad alguna por permitir que terceros utilicen su perfil como plataforma para insultar.

PODER JUDICIAL
[Signature]
[Stamp]
3



8. El A quo incurre en vicio de motivación que no podrá ser subsanado en la sentencia de vista, ya que el Juez no se ha pronunciado sobre la configuración de la falta grave tipificada en el literal a) del artículo 25° de la LPCL, y el numeral 6) del artículo 139° de la Constitución.
9. En la sentencia se concluye que el demandante, hubiera sido responsable por omisión y por tanto el despido hubiera sido válido, si las ofensas hubieran sido consignadas en un *blog*, pues este razonamiento del A quo no tiene ningún sustento, por el contrario, basta revisar la pericia del Magister Eduardo Villanueva Mancilla para concluir que, al igual que un *blog*, el Facebook es un medio de comunicación social, de modo que la falta grave de injuria y/o faltamiento de palabra sí se ha configurado.
10. En el presente caso es incontrovertible que el calificativo de "imbécil" es un insulto, por lo tanto no cabe duda de que existió el ánimo de injuriar el cual se hecho referencia en la sentencia, tanto más si, ni en la demanda, ni en la audiencia de juzgamiento, el demandante, señaló que la difusión de ese insulto en contra de la máxima autoridad de RIPLEY estuvo motivada por las razones que arbitrariamente han sido consignadas en la sentencia.
11. En la sentencia se concluye, sobre el calificativo de incompetente, el A quo omite valorar el contexto en el que fue emitida dicha publicación. Asimismo en el contexto en que se produjo la publicación permite concluir que: el demandante obtuvo una respuesta a su pregunta, cuando algunos usuarios hicieron referencia al personal de RIPLEY; y, esta era la respuesta que esperaba porque celebró con un "Me gusta" en cada oportunidad en que se insultó al personal de Ripley.
12. El A quo yerra al considerar que el despido es nulo, porque de la misma sentencia se verifica que el cese del demandante estuvo motivado por la publicación ofensiva y agravante que constan en su perfil público de

PODER JUDICIAL

FABIAN F. FABIAN F.



Facebook. En efecto, el hecho de que en la sentencia se hayan consignado arbitrariamente diversas motivaciones con el fin de justificar los insultos y agravios, no permite negar su existencia. De tal forma que, si las publicaciones que motivaron el despido del demandante existe y son ciertas, queda claro que su despido nada tuvo que ver con las causales por las que, según la sentencia, el despido sería nulo.

13. La sentencia del A quo constituye un error al dejar de lado la existencia de las publicaciones ofensivas e injuriantes presentes en el perfil público de Facebook del demandante y, por el contrario, centrarse únicamente en la existencia de un reclamo que: no fue formulado solo por el actor, sino que también fue suscrito por otros dirigentes que no fueron despedidos, y , fue absolutamente ineficaz porque, tanto la Autoridad Administrativa de Trabajo, como el Poder Judicial, determinaron que Ripley no incurrió en actos antisindicales.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: De conformidad con el artículo 370°, in fine del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, que recoge, en parte, el principio contenido en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*-, en la apelación la competencia del Superior sólo alcanza a ésta y a su tramitación, por lo que corresponde a este órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada. Conforme al principio descrito, el órgano revisor se pronuncia respecto a los agravios contenidos en el escrito de su propósito ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) de la segunda instancia.

SEGUNDO: Respecto al primer agravio, referido a la declaración de improcedencia de las pericias solicitadas por la demandada; es importante destacar que para definir si las pruebas ofrecidas son pertinentes o relevantes respecto de la cuestión discutida, el artículo 190° del Código



Procesal Civil, aplicable supletoriamente, señala: "Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión (...)". En el caso de autos, se tiene que las pericias ofrecidas como medio de prueba por la demandada, están dirigidas a sustentar posiciones de dos especialistas, uno en Derecho Penal y otro en internet, tecnologías de la información y redes sociales; no obstante ello, no constituyen un medio probatorio exacto puesto que son referenciales y no tienen relación entre el hecho y la actividad de verificación que se pretende alcanzar o demostrar el hecho. En tal sentido se desestima el agravio expuesto por la demandada.

TERCERO: En relación a los agravios de segundo al noveno de la demandada, es conveniente precisar que la pretensión principal del actor es la reposición por haber sufrido un despido nulo, fundamentando en que la demandada sancionando su actuar como dirigente sindical le ha atribuido la comisión de faltas graves por expresiones en el Facebook sin tener en consideración el ejercicio de su libertad de expresión, siendo ilegal el ingreso a su cuenta. Como pretensión subordinada plantea la indemnización por despido arbitrario. La demandada afirma que no existe un despido pues el actor fue despedido por comisión de faltas graves tipificadas en los literales a) y f) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003- 97-TR y artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa, esto es, el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la inobservancia grave del Reglamento Interno de Trabajo y la comisión de actos de injuria y faltamiento de palabra escrita al haber publicado y difundido expresiones injuriantes a través de su Facebook de perfil público contra sus compañeros de trabajo y personal jerárquico. Siendo esto así, la Litis se circunscribe a determinar si las faltas graves imputadas se han configurado o si se produjo un despido nulo que obedeció a su condición de Secretario de Defensa del Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley Perú S.A – SUTRAGRISA, por ser representante de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo y por haber



formulado denuncias ante las autoridades, esto es, si se han configurado las causales de nulidad de despido previstas en el inciso a), b) y c) del Decreto Supremo 003-97-TR.

CUARTO: En primer lugar, es necesario precisar que el poder de dirección del empleador es una facultad reconocida por el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que posee fundamento constitucional. El poder de dirección es un correlato de la libertad de empresa contemplada en el artículo 59 de la Constitución, la cual supone permitir al empresario organizar su actividad empresarial de manera libre y en función a los objetivos por él planteados (libertad de organización de empresa). En ejercicio de su poder de dirección, el empleador está facultado a regular, reglamentar, modificar y reemplazar las condiciones de trabajo; así como vigilar, controlar y sancionar al trabajador en el desempeño de sus funciones. Estas facultades que el empresario ejerce sobre el cumplimiento de la prestación de trabajo, son sumamente relevantes porque efectivizan el poder de dirección. Al haberse imputado al actor la comisión de faltas graves por haber publicado y difundido expresiones injuriantes a través de Facebook contra sus compañeros de trabajo y contra el personal jerárquico, es importante referirse a la Libertad de Expresión del demandante y si la demandada podía ingresar legítimamente al Facebook del actor.

QUINTO: Actualmente el uso de la tecnología hace también que la forma en que las relaciones laborales se prestan, cambien. Como señala Moguel Fernández¹, "...en los últimos años, la implantación de las nuevas tecnologías ha originado cambios profundos en todos los ámbitos de nuestra sociedad...", así, el ámbito laboral no es ajeno a tales cambios. En el caso de autos, se ven enfrentados los siguientes derechos de quienes forman

¹ MOGUEL FERNÁNDEZ, Jordi. "El poder de control y vigilancia del empresario sobre las actividades de los trabajadores, y sus implicancias penales". Noticias Jurídicas, 2006. El texto puede ser encontrado en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200602-5158142111062510.html>.

[Handwritten signature and date]
 11/11/13



parte de la relación laboral: de un lado, la libertad de empresa manifestada en el poder de dirección del empleador y, del otro, la libertad de expresión del trabajador. El A quo en la sentencia señala que la libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que se encuentra limitado, entre otros, por el derecho al honor de cualquier persona, agregando que todo trabajador debe cuidar que sus expresiones realizadas en privado o en público no afecten la honra y dignidad de otro trabajador o del empleador o sus representantes, caso contrario estaríamos frente a una falta grave sancionable con el despido, sin embargo en el caso del dirigente sindical se debe tener más cuidado al efectuar el análisis a fin de no afectar su libertad sindical.

SEXTO: En torno al Derecho a la Expresión, el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece: *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión"*. El Artículo 13, Libertad de Pensamiento y de Expresión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos San José de Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1969, en el siguiente sentido: *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión*

PODER JUDICIAL



de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones...

Este derecho es reconocido por nuestra Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2º, inciso 4, disponiendo que: Toda persona tiene derecho: "A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos; bajo las responsabilidades de ley (...)"

SÉPTIMO: El Derecho a la honra. El artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección. La necesaria tutela que se brinda a la expresión del pensamiento, y que supone el suministro de informaciones y la manifestación de opiniones, no suprime de manera alguna los derechos regularmente considerados como "la otra cara" de la cuestión: derechos individuales a la honra, a la dignidad, al prestigio, a la buena fama y al concepto público. Se trata, sin ninguna duda, de proveer a un complejo y delicado equilibrio. En este ámbito, la Convención Americana ofrece protección a los bienes jurídicos amparados por derechos de ambas categorías. De suerte tal que quienes estiman que su derecho a la honra se ha visto menoscabado de manera indebida –afirma la Corte– pueden recurrir a los medios legales que les permitan obtener la satisfacción correspondiente.

OCTAVO: En el presente caso, la demandada despidió al actor por comisión de actos de injuria y faltamiento de palabra escrita al haber publicado y difundido expresiones injuriantes a través de su Facebook. El actor sostiene que la demandada ingresó ilegalmente a su perfil de Facebook y que las expresiones consignadas en ella ^{por el actor} constituyen falta

PROCESO 12945-2013-0-1801-JR-LA-11
 MAR 2014
 9



grave, pues fueron emitidas en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Respecto a que la demandada ingresó ilegalmente al Facebook del actor, debemos tener presente lo que conceptuaron Ojeda Avilés y Gorelli Hernández, sobre el derecho a la intimidad como: "...reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña...", señalando que este derecho a la intimidad "...tiene como objetivo básico, la protección de la esfera espiritual, afectiva o íntima de la persona y su círculo familiar..."². Haciendo un símil, con los correos electrónicos citaremos lo que nos dice **Alfredo Salvador**³, "*es inevitable que se susciten casos en los que el trabajador utilice indebidamente el correo electrónico que le otorga su empleador para el correcto desarrollo de sus funciones y responsabilidades. Por ello, señala que en una situación como esta se ven enfrentados los siguientes derechos de quienes forman parte de la relación laboral: de un lado, la libertad de empresa manifestada en el poder de dirección del empleador y, del otro, la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador*". En autos se ha acreditado que la cuenta en Facebook del actor era pública pues su acceso no estaba restringido, pudiendo acceder cualquier persona que tenga cuenta en Facebook, por lo que podemos afirmar válidamente que este espacio no era parte de su vida privada y por tanto era susceptible de intervención por terceros sin su autorización. En tal virtud no ha existido ilicitud en su acceso por parte de la demandada.

NOVENO: Al haberse imputado al actor la falta grave por la publicación y difusión de expresiones injuriantes a través de su cuenta en Facebook, y el demandante sostiene que estos actos se enmarcan en el ejercicio del derecho a su libertad de expresión; es necesario analizar si estamos frente a

² GORELLI HERNANDEZ, Juan y Antonio OJEDA AVILES. "Diccionario Jurídico Laboral". Granada: Editorial Comares. 1999, p. 211.

³ SALVADOR VARGAS, Alfredo. ¿Es posible que el empleador acceda al correo electrónico del trabajador? En: ATHINA: N° 08: Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima.



frases injuriantes que han lesionado el derecho al honor de una o más personas o si es el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Es importante destacar que los derechos fundamentales, pese a su importancia y preeminencia, tienen límites. Los tratadistas coinciden que los límites normalmente "... *están en el ejercicio de otro derecho o también en otros bienes constitucionales*"⁴. En otras palabras, siempre se nos ha enseñado que los derechos de uno terminan en donde comienzan los derechos de otro. Martínez de Pisón Caveró en torno a los derechos y libertades fundamentales, hace referencia al criterio de ponderación, señalando que los derechos fundamentales éstos no son absolutos⁵. El A quo, en la recurrida reconoce que el derecho a la libertad de expresión contenido en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución no es absoluto sino que se encuentra limitado, entre otros, por el derecho al honor de cualquier persona, por ello es que el trabajador en el ejercicio de esta libertad debe respetar el honor, la dignidad y la intimidad del empleador o de sus representantes.

DÉCIMO: La publicación en el Facebook del actor de la imagen del señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de la Empresa demandada y la señora Patricia Subauste Gerente de Recursos Humanos de la Empresa, con la frase: "OYE NORBERTO Y SI EN VEZ DE DECIR CRECER, CRECER, CRECER (...) MEJOR DECIMOS HAY QUE PAGAR, PAGAR, PAGAR" con los comentarios de varios usuarios a los que incluyó como Sutragrisad, Ripleyperu y Sutragrisa Sindicato Único Ripley Perú, con los consiguientes comentarios por citar algunos: El usuario Williams Guerra: "ese rasm!!!! como no lo deportan por basura!!!! (sic). Otro usuario: "peor q chileno". También compartió en su perfil de Facebook un fotomontaje originado en el usuario SUTRAGRISA RIPLEY-MAX LOS OLIVOS, sobre el señor Norberto Rossi, Director Ejecutivo de RIPLEY, acompañado por Natalia Málaga y el cómico "Melcochita", los tres con la camiseta de la selección peruana, en donde dichos personajes se dirigen al señor Norberto Rossi de esta

⁴ DE ASIS ROIG, Rafael. "Escritos sobre derechos humanos", ARA Editores, 2005, p.160.

⁵ MARTINEZ DE PISON CAVERO, José. "El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional", Editorial Civitas S.A., Madrid, primera edición, 1993, p.159.

manera: "Son trabajadores no colaboradores... desahuevate mierda!!!!" (sic). "Quitate esa camisetaIMBECIL!!!!!!!" (sic). Otra publicación en su Facebook fue una fotografía de una mano sosteniendo una tarjeta que decía "INCOMPETENTE", con la sumilla: "¿A quién se le cayó esta tarjeta? ¿En que oficina puedo dejarla? ." (sic). Con los comentarios de los usuarios a quienes incluyó como: "De seguro se perdió del area de RELACIONES LABORALES, sin contar que toda las gerencias deben tenerla..." (sic) "Déjalo a cualquier secretaria que ellas se las van a entregar a sus gerentes, por que allí es donde corresponde" (sic). Otro: "INCOMPETENTES AMAESTRADOS. CUANDO PASEN CERCA DE UN SUPERVISOR NUEVO DIGAN... AVER HASTE EL MUERTITO. VERAS LO QUE PASA" (sic). "Si muchos se demoran esas mierdas.. me llega un par de incompetentes... En plaza norte hay varios incompetentes en sus cargos de supuestos supervisores???" (sic). En todos ellos el actor puso like.

UNDÉCIMO: Si bien no es un aspecto en verdad polémico que la publicación de contenidos por parte del trabajador responde a su voluntad de elección sobre lo que ha comunicado, por cuanto, en principio tiene la libertad de comunicar; también es cierto que el trabajador como cualquier otra persona, debe cuidar que las expresiones vertidas en su comunicación en las redes sociales en Internet, como en otros ámbitos públicos, no lesionen los derechos de sus compañeros de trabajo o de su empleador o representantes de su empleador, pues la relación laboral lo obliga a prestar un servicio subordinado que implica facultar a un tercero para que dirija, controle y supervise sus actividades.

DUODÉCIMO: Este Colegiado en otras causas sometidas a revisión (como el Expediente N° 12943-2013 y 13049-2013) ya se ha pronunciado sobre el Facebook de los trabajadores y su derecho a la libertad de expresión, en los siguientes términos: El trabajador en Facebook se ve inmerso en una falsa idea de "intimidad" y libertad plena de expresión, y puede llegar a publicar contenidos que afecten la reputación e intereses de su empleador, señalando por ejemplo que su patrón no respeta la



normativa laboral, que es descuidado en su higiene personal, que maltrata al personal, o que los productos que utiliza no son de calidad, o sintiéndose entre amigos comparte secretos industriales o comerciales de la empresa para la que presta sus servicios, en otros tantos contenidos, violando parte de sus deberes laborales. En este caso, el ejercicio de la libertad de expresión del trabajador afecta el derecho a la reputación e imagen de su empleador y/o sus representantes, inclusive puede llegar a afectar el derecho del empleador a la libertad de empresa y de comercio. Surge entonces para el empleador la facultad de aplicarle al trabajador, según el contenido publicado y el grado de afectación que el mismo produce, una medida disciplinaria que puede ser una amonestación o hasta el despido justificado. Podría ser que el acceder a redes sociales en Internet durante la jornada de trabajo amerite una amonestación, pero la publicación de contenidos nocivos para la reputación o intereses comerciales del empleador puede conllevar al despido e inclusive la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que fueran procedentes por la actuación del trabajador.⁶

DECIMOTERCERO: El Magistrado integrante de este Colegiado y profesor universitario Dr. Omar Toledo Toribio en torno al tema El Facebook y el Derecho Laboral - Los límites de la Libertad de expresión en la relación laboral ha expuesto: "Bajo el criterio expuesto por el Tribunal Constitucional en el caso reseñado, que compartimos plenamente, sólo podrá aceptarse la restricción de los derechos de opinión e información cuando se ponga en riesgo el normal cumplimiento de las funciones del centro de trabajo y/o el correcto ejercicio de sus potestades o cuando se comprometa el principio de jerarquía o afecte el necesario respeto que se debe guardar a sus compañeros de trabajo y, en particular, a sus superiores".

DECIMOCUARTO: Desde nuestra lectura, el reconocimiento del derecho fundamental como es la libertad de expresión que emerge de nuestro ordenamiento constitucional, debe ser ejercido sin lesionar el derecho al

⁶ Ramírez Colina, Suliner Paola. "La libertad de expresión del trabajador en Facebook y el poder disciplinario del empleador". IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Enero-Junio, México, 2013. p. 42.



honor. En tal virtud el empleador tiene la facultad de sancionar a su trabajador, según el contenido publicado y el grado de afectación que el mismo produce, sanción que puede llegar al despido justificado. El problema surge no por la forma en que el empleador puede ejercer la función en sí de fiscalización, sino por los espacios que pueden ser afectados so excusa del control practicado por el empleador. Así también el trabajador puede alegar invasión a sus derechos a la libertad y a la intimidad. Podría ser una falta el hecho de acceder a redes sociales durante la jornada de trabajo, amerite una amonestación, pero la publicación de contenidos nocivos para la reputación o intereses comerciales del empleador puede conllevar al despido e inclusive la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios. En autos el Dr. Ricardo Fernandini Barreda, Notario Público de Lima ha constatado las expresiones injuriantes en el perfil de Facebook del actor, con acceso público; asimismo a fojas 328 corre un CD conteniendo el video del registro del ingreso a la página denominada Facebook, posteriormente estando dentro de esta página, se buscó y encontró el perfil que corresponde al demandante, ingresando al mismo sin necesidad de ninguna clave de acceso, por lo que está acreditado que el perfil ingresado es uno de tipo público, pudiendo observarse las imágenes y leer las expresiones vertidas en ella, sin necesidad de ninguna clave o permiso del usuario de dicho perfil; siendo esto así, lo que ha compartido el demandante con otros usuarios es de su responsabilidad, no habiéndose lesionado su derecho a la intimidad y privacidad del demandante por ser de carácter público su facebook.

DECIMOQUINTO: El artículo 23.3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, establece: *"Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: (...) b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido., 23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado cómo empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad., c) El estado del vínculo laboral y la causa del*



despido. 23.5) En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

DECIMOSEXTO: Al accionante se le imputan las faltas graves tipificadas en los incisos a) y f) del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, conforme a la Carta de Imputación de cargos que corre de fojas 10 a 13 y la Carta de Despido de fojas 18 a 22. El inciso a) del artículo 25° de la citada, se refiere al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponde por la autoridad competente, que revista gravedad. Esta falta implica la violación de los deberes fundamentales del trabajador; su alcance debe entenderse a la forma concreta como debe cumplir su prestación el trabajador, vale decir, al cumplimiento de las obligaciones específicas de la función o puesto que desempeña el trabajador. Refiere al respecto el Dr. Carlos Blancas Bustamante en su libro "El despido en el Derecho Laboral Peruano": "sin duda la conducta del trabajador renuente a cumplir cabalmente sus obligaciones o a no realizar las prestaciones que le corresponde, vulnera la buena fe laboral y cuando adquiere ribetes de gravedad merece ser sancionado con el despido".⁷

DECIMOSÉPTIMO: Debe agregarse a lo anteriormente expuesto, que en relación a la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo que "...en el ejercicio de su potestad directiva el empleador tiene no sólo la facultad de dictar órdenes singulares y específicas para que los trabajadores

⁷ Blancas Bustamante, Carlos. El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Editorial Jurista. 3era edición Lima, marzo 2013 página 210.



ejecuten su prestación laboral, sino también la de establecer normas y disposiciones de carácter general y permanente conducente a organizar y regular las labores dentro de la empresa". "La inobservancia por el trabajador de las disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo es tipificada como falta grave en la medida que dicho incumplimiento revista gravedad y, por ello en cada caso concreto deberá evaluarse con la mayor objetividad, si tal trasgresión del RIT en que hubiera incurrido el trabajador posee la trascendencia necesaria para considerarla "grave" y sancionarla con el despido."⁸ Otro concepto que resulta importante citar es la apreciación mencionada por el Dr. Blancas en su obra citada: "Hay quien como Ramírez Bosco, estima aún más grave la desobediencia cuando ésta consiste en el incumplimiento del Reglamento Interno porque la orden tenía anterioridad y fijeza que no suelen tener las verbales; constituyendo el Reglamento Interno de Trabajo, una forma de manifestación del derecho directivo del empleador, que no agrega por sí mismo mayor valor a dicha facultad, y que por tanto sólo tiene valor en cuanto entraña un ejercicio legítimo de esa potestad. La mayor gravedad que le atribuye a su vulneración deriva del hecho de que por ser una orden escrita y preestablecida esto es, de pleno conocimiento del trabajador, su infracción resulta inexcusable".⁹

DECIMOCTAVO: La falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25° de la norma precitada consiste en actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 00342-2011-PA/TC y en el expediente N° 01428-2012-AA/TC, ha establecido en el Fundamento 6: "Sobre la falta grave transcrita, es pertinente señalar que la buena fe laboral impone al trabajador que en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión no

⁸ Ob. C. páginas 223 y 224.

⁹ Ob. C. páginas 224 y 225.



formule denuncias calumniosas e injuriosas, ni faltamiento de palabra verbal o escrita en contra del empleador y/o de los trabajadores, pues en estos supuestos estamos ante un ejercicio abusivo e irregular del derecho a la libertad de expresión que merece ser sancionado en el ámbito laboral y que la propia ley regula"

DECIMONOVENO: En cuanto al faltamiento de palabra, está referido a la expresión insultante de palabra o por escrito, que supone desprecio, ofensa, falta de consideración y respeto; abarca acciones y omisiones. Esta posición encuentra respaldo en lo planteado por el profesor Blancas Bustamante, quien señala: "Las expresiones agraviantes pronunciadas en público o difundidas mediante publicaciones, o acompañada de gestos, asignarán al faltamiento su gravedad, configurando la falta tipificada por la ley. La Jurisprudencia ha estimado que constituye un grave faltamiento de palabra en perjuicio del empleador suscribir una comunicación publicada en un diario de circulación nacional, así como difundirla internamente en la empresa, formulando serias acusaciones sobre la comisión del delito por el presidente de la empresa"¹⁰ Este mismo autor señala que el tipo penal de injuria (artículo 130° del Código Penal), sin entrar a definir el contenido que ésta podría tener en el ámbito laboral, debe entenderse que comete este delito "el que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho", según el tenor del indicado artículo. El faltamiento de palabra u ofensa verbal o escrito se encuentra específicamente considerado como el supuesto de hecho establecido en el inciso f) del artículo 25 de la LPCL.¹¹ No obstante lo mencionado, corresponde resaltar que el hecho analizado también configura la falta grave prevista en el literal a) del artículo 25° de la LPCL; concretamente, la inobservancia del artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo, falta que también fue imputada al actor con la carta de preaviso de despido. De la revisión de este artículo del RIT, que corre a fojas 303 de autos, se desprende que establece lo siguiente: "Es obligación

¹⁰ Ob. Cit, página 258

¹¹ Ob. Cl. pág. 261.

PODER JUDICIAL



de todos los empleados tratar respetuosamente y con cortesía a sus superiores, compañeros de trabajo y público en general, consiguientemente les está prohibido cualquier forma de trato que implique una falta de respeto o actos de naturaleza análoga o similar, que puedan perjudicar la buena imagen de Ripley". El demandante ha reconocido que conocía sus obligaciones expuestas en el Reglamento Interno de Trabajo (carta del 18 de febrero del 2013, que figura como anexo 1-K de la demanda), por lo que no se encuentra justificación alguna para que haya trasgredido la prohibición mencionada al haber compartido en su cuenta de facebook las imágenes y frases agraviantes contra los representantes de la demandada; habiendo mostrado su conformidad con los comentarios que suscitaron su publicación, lo que hace inverosímil la tesis de que no se refería al personal de la demandada y que no tenía el ánimo de injuriar, máxime si se trataba de una página catalogada como red social, de carácter público, accesibles a cualquier persona sin necesidad de pasar por algún tipo de filtro, y como tal no se encontraban restringidas al ámbito privado del mismo, argumento que el demandante no ha podido desvirtuar, tanto más que en otros casos vinculados ya se ha resuelto que existe una igualdad entre compartir y publicar, por lo que se puede concluir válidamente que no ha existido un ejercicio legítimo de su libertad de expresión, por lo que merece ampararse los agravios de la demandada y revocar la recurrida.

VIGÉSIMO: Este Colegiado, en otras causas similares, ha señalado que frente al derecho de expresión del actor y los derechos a la buena imagen, al honor, a la reputación de los representantes de la empresa, se debe efectuar la ponderación de estos derechos tutelados, privilegiando el derecho al honor conforme al "test de ponderación", no encontrándose justificación alguna para avalar la conducta injuriantes del demandante.

VIGÉSIMO PRIMERO: En el caso de autos se debe precisar que el actor tiene la condición de Secretario de Defensa de SUTRAGRISA, por lo que se debe tener presente que el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha



indicado; "154. El ejercicio pleno de los derechos sindicales requiere la existencia de una corriente libre de informaciones, opiniones e ideas, y con este fin, tanto los trabajadores y los empleadores como sus organizaciones deberían disfrutar de libertad de opinión y de expresión en sus reuniones, publicaciones y otras actividades sindicales. No obstante, en la expresión de sus opiniones, las organizaciones sindicales no deberían sobrepasar los límites admisibles de la polémica y deberían abstenerse de excesos de lenguaje¹²," asimismo ha señalado: "804. El Comité indicó que una de las formas de asegurar la protección de los delegados sindicales es disponer que no podrían ser despedidos mientras estén en el ejercicio de sus funciones, ni durante un periodo determinado a partir del momento en que cesen en ellas, salvo, naturalmente, en caso de falta grave¹³; En ese sentido, el demandante al ser Secretario de Defensa tenía la obligación de guardar una conducta diligente en la relación laboral, procurando ser el ejemplo de sus compañeros de trabajo por su condición de dirigente sindical, ejerciendo el respeto al superior y compañeros de trabajo, y en la misma sintonía desarrollar funciones en el resguardo de los derechos laborales de los trabajadores sindicalizados, con la probidad que corresponde al caso, situación que no ha ocurrido en el presente caso; más aún si como dirigente sindical conoce los derechos y obligaciones que establece el Reglamento Interno de Trabajo para poder ejercer eficazmente sus funciones, lo que fue reconocido en Audiencia de Vista, y que es corroborado, con el medio de prueba que corre a fojas 108 a 110, en el cual el actor en su quinto párrafo, manifiesta que como trabajador sindical conoce sus obligaciones expuestas en el reglamento de trabajo.

Por estas consideraciones antes expuestas, administrando Justicia en nombre de la Nación, de conformidad con el inciso 2.a) del artículo 4º de la

¹² Recopilación de 1996, párrafo 152; 304. Informe caso num 1850, párrafo 210; 306* caso num 1885, párrafo 140; 309*, Informe, caso num 1945, párrafo 67; 324*. Informe, caso num. 20014, párrafo 925 y 335*. Informe, caso num. 2340, párrafo 652.

¹³ Recopilación de 1996, párrafo 727; 311. Informe caso num 1934, párrafo 129; 315* caso num 1972, párrafo 706 y 334*. Informe, caso num 2046, párrafo 250.

PODER JUDICIAL



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
Justicia Honorable, País Respetable

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA LABORAL PERMANENTE
Expediente N° 12945-2013-0-1801-JR-LA-11

Nueva Ley Procesal de Trabajo, la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima;

RESUELVE:

CONFIRMAR la Resolución emitida en Audiencia de Juzgamiento de fecha 27 de setiembre del 2013 (fojas 833 a 836), que declara impertinentes las pericias de parte.

REVOCAR la Sentencia N° 050-2014-11JETPL, de fecha 19 de marzo del 2014 (fojas 1210 a 1228) que declara fundada la demanda, ~~REFORMANDOLA~~ ~~declararen INFUNDADA~~ la demanda. Absuélvase de la instancia a la demandada. Sin costos ni costas.

En la acción interpuesta por **GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO** contra **TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY S.A.** sobre reposición; y, lo devolvieron al Décimo Primer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima.-

PODER JUDICIAL

.....
 PABLO TIENZO MARQUEZ
 SECRETARIA
 Cuarta Sala Laboral Permanente
 Nueva Ley Procesal de Trabajo
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

- a) Inaplicación de lo prescrito en los literales a) y b) del artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR.
 - b) Inaplicación del artículo 23.5 de la Ley 29497.
 - c) Inaplicación de lo dispuesto por el artículo 30 e incisos b) y e) del artículo 31º del Decreto Supremo N°010-2003-TR.
 - d) Inaplicación de lo previsto en el 2do. párrafo del artículo 47 del Decreto Supremo 001-96-TR.
 - e) Interpretación errónea de los incisos a) y f) del artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR y del artículo 74 del Reglamento Interno.
 - f) Interpretación errónea del artículo 9º del Decreto Supremo 003-97-TR.
- 2.- Vulneración al debido proceso

II.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

El presente recurso de casación que interponemos se encuentra bajo los alcances del artículo 35 numeral 1 de la Nueva ley Procesal de Trabajo 29497, la que se fundamenta en los siguientes presupuestos:

- a) El Recurso de Casación se interpone contra la Sentencia de vista del 03.07.2015, la misma que constituye una sentencia que ha sido expedida en revisión por la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima y que resuelve el conflicto jurídico planteado por las partes en el curso del proceso conforme al inciso 1 del artículo 55 de la LPT.
- b) Las pretensiones desestimadas por la sentencia de vista de fecha 05-07-2015, solicita en su pretensión principal se declare la nulidad del despido del demandante y en ese sentido no tiene naturaleza económica, careciendo de cuantía determinada, habida cuenta que la sentencia recurrida implica un mandato de reposición en el último puesto de trabajo desempeñado por el demandante y en su pretensión subordinada busca se anpare la Indemnización por

despido Arbitrario, sólo en el caso de que no se sea procedente amparar la pretensión principal de Nulidad de Despido., siendo así no estamos obligados a acompañar la tasa judicial.

- c) Se interpone el Recurso de Casación ante la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, por ser éste el Órgano Jurisdiccional que emitió la resolución impugnada.
- d) Se interpone dentro de los diez días hábiles (10) siguientes de notificada la resolución que se impugna.

III.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION

Conforme lo establece el artículo 36° de la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497, precisamos que el recurso de casación se interpone cumpliendo con los siguientes requisitos de procedencia:

1. Al haber sido estimada nuestra demanda por el Juzgado de origen, el recurrente no estuvo obligado a tener que recurrir contra ella, la misma que ha sido revocada por la sentencia de vista de fecha 03.07.2015, por lo que al resultar adversa por ser desfavorable a nuestra parte, resulta materia del presente Recurso de Casación.
2. Describimos con claridad y precisión la infracción normativa y su incidencia directa sobre la decisión impugnada dentro de las cuales precisamos:

Primera Infracción Normativa:

Inaplicación de los incisos a) y b) del Artículo 29° del D.S. 003-97-TR, que dice:

"Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales
- b) Ser Candidato o representante de los trabajadores o actuar haber actuado en esa calidad.

Del texto resaltado, debemos precisar que al momento de emitir la sentencia de vista, el Colegiado debió tener en cuenta los fundamentos

de hecho de nuestra demanda, la manifestación de hechos que se dieron y los medios probatorios que se actuaron, pues al estar probado que el demandante tenía la condición de Secretario de Defensa del SUTRAGRISA, es en el ejercicio de dicho cargo que realizó sendos reclamos desde el año 2011 y finalmente dado los actos de hostigamiento a los trabajadores sindicales e incumplimiento de convenios colectivos, solicita ante la 2da. Sub-Dirección de Inspección del Ministerio de Trabajo, se realicen actuaciones inspectivas de investigación a la emplazada por actos de hostigamiento a los trabajadores sindicalizados, las mismas que se llevaron a cabo tal como aparece del requerimiento formulado por la Autoridad Administrativa con fecha 10.04.2013, lo cual dio lugar al Acta de Infracción 1186-2013 del 17.04.2013 emitida por el Inspector de Trabajo quien propone se aplique a la emplazada una sanción económica de S/103,600.00.

En represalia a ello la demandada con fecha 22.04.2013 cursa la Carta de Pre-Aviso al demandante, imputándole la comisión de supuestas faltas graves.

Conforme se aprecia del texto contenido en el sexto y vigésimo primero considerando de la sentencia impugnada, la Sala hace referencia en forma genérica a lo que la doctrina señala sobre Libertad de Pensamiento y de Expresión y a lo consignado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT respecto a los derechos sindicales, sin embargo, no analizan la infracción normativa del numeral a) y b) del artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR, y no analiza tampoco la infracción normativa del artículo 32º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo 29783 que fue consignado en nuestro petitorio, lo cual incidió en la decisión equivocada del Colegiado.

Segunda Infracción Normativa

Inaplicación del artículo 23.5 de la Ley 29497, que dispone

"En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que la demandada haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

De lo resaltado se puede advertir que dada las actividades sindicales ocasionadas por el demandante en su condición de Secretario de Defensa de la SUTRAGRISA, y su condición de representante titular del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (CSST) formuló solicitudes ante la Autoridad Administrativa de Trabajo en resguardo de los derecho de los trabajadores así como en protección de la Seguridad y Salud Ocupacional, las mismas que fueron ofrecidas como medio probatorio, con lo cual se demuestra que el demandante aportó indicios razonables para demostrar que la demandada actuó con ilicitud, pues no demuestra que exista una razón objetiva para la decisión ejercida contra el demandante, que determine su cese, máxime aún que esta facilitación probatoria no implica una ausencia de actividad y material probatorio por parte del actor, quien demostró con sendos documentos su condición de representante legal tanto en la condición de dirigente como de representante del CSST, y como tal aportó indicios razonables relacionadas al acto ilícito de su despido por parte de la emplazada.

De lo expuesto, se advierte un nexo causal entre el despido y la supuesta causal de la falta grave atribuible al demandante, dado que está probado en autos con pruebas incuestionables la Nulidad del despido demandado por las causas contempladas en el Artículo 29° de la ley sustantiva en concordancia con lo dispuesto por el artículo 27° de la Constitución del Estado, el mismo que ejerce el rol protector contra todo acto que lesione el derecho sustantivo y fundamental al trabajo.

En la sentencia de vista, materia del presente recurso, no se ha analizado lo argumentado por el Juez de primera instancia respecto a la carga de la prueba, no obstante lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 23 de la

Nueva Ley Procesal de Trabajo - N° 29497, que si bien fue mencionado en el décimo quinto considerando; sin embargo, no fue analizado ni desarrollado para efectos de su aplicación en el presente proceso.

Tercera Infracción Normativa

Inaplicación de lo dispuesto por el artículo 30° e incisos b) y e) del artículo 31° del Decreto Supremo N°010-2003-TR.

"Artículo 30.- El fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa/debidamente demostrada o sin su aceptación. No es exigible el requisito de aceptación del trabajador cuando su traslado no lo impida desempeñar el cargo de dirigente sindical.

Artículo 31: Están amparados por el fuero sindical

b) Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales. En el marco de la negociación colectiva se podrá ampliar el ámbito de protección del fuero sindical.

e) Los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, hasta tres (3) meses después de concluido el procedimiento respectivo."

Dentro de este contexto, se ha comprobado que el demandante tiene la condición de dirigente sindical (Secretario de Defensa), por tanto cumple con la protección del fuero sindical, por lo que la Nulidad de Despido, de la cual fue víctima, debió ser analizada y aplicada correctamente por el Colegiado, dándole una adecuada aplicación a estas normas existentes en nuestro ordenamiento legal, debiendo haber amparado la pretensión principal de Nulidad de Despido, por lo que esta casación tiene la finalidad de que la Sala Suprema observe la infracción normativa y lo decidido por la Cuarta Sala Laboral Permanente, disponiendo se declare Nulo el Despido que tenga como motivo lo señalado por la normatividad antes indicada, por lo que es inconsistente y sin fundamento el argumento del colegiado.

Cuarta Infracción Normativa:

Inaplicación de lo previsto en el 2do. Párrafo del artículo 47 del Decreto Supremo 001-96-TR.

"Artículo 47.-Se configura la nulidad del despido, en el caso previsto por el inciso c) del Artículo 62 de la Ley, si la queja o reclamo, ha sido planteado contra el empleador ante las Autoridades Administrativas o Judiciales competentes y se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores.

La protección se extiende hasta tres meses de expedida la resolución consentida que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento"

Dentro del contenido de la normatividad señalada, la protección se extiende hasta tres meses de expedida la resolución consentida que cause y ejecutoriada que ponga fin al procedimiento.

En el presente proceso existió un Acta de Infracción del 17.04.2013, que propuso una multa a la demandada, documento que fue ofrecido por nuestra parte y no fue objeto de cuestión probatoria ni articulación alguna; sin embargo, encontrándose en trámite el procedimiento administrativo, inmediatamente luego de 5 días del Acta de Infracción, la empresa con fecha 22.04.2013 cursa la Carta de Pre aviso de despido al trabajador, lo que denota una abierta represalia por su condición sindical, pues el despido se produce con posterioridad inmediata a la queja, vulnerando lo dispuesto por la normatividad cuya infracción se denota y no fue analizada por la Sala Superior, no obstante tener incidencia directa en el presente proceso y que ocasionó la equívoca decisión contenida en la resolución impugnada.

Quinta Infracción Normativa:

Interpretación errónea de los incisos a) y f) del artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR, y artículo 74 del Reglamento Interno.

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

- a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad. La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta;
- f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente"

Del texto resaltado se debe precisar, que para despedir al demandante del trabajo, la demandada tiene que haber acreditado el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, así como acreditar que incurrió en reiterada resistencia a las órdenes de sus superiores o efectuado reiteradas paralizaciones intempestivas en sus labores o inobservado el RIT.

En el presente caso, la demandada no ha acreditado que el demandante haya incurrido en falta grave contemplada en relación con sus obligaciones de trabajo, teniendo en cuenta que como

Vendedor Integral ha cumplido a cabalidad con su labor durante su récord laboral, prueba de ello es que al margen de su condición de dirigente sindical (Secretario de Defensa) la demandada no le impuso sanciones, por el contrario alcanzó niveles de venta debido a su capacidad y dedicación a su trabajo, por lo tanto no resulta veraz el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo o la resistencia reiterada a las órdenes de sus superiores.

De otro lado se le imputa la comisión de falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR, por haber incurrido en publicaciones y/o comentarios realizados en su cuenta de Facebook al cual ingresó la demandada, y si bien no era una cuenta restringida, sino de carácter público, ello no significa que se pueda ingresar a una cuenta sin autorización previa, con evidente propósito de armar una prueba fraudulenta argumentando haber incurrido en "injuria" o cometido "faltamiento de palabra escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores", indicando que entre otros fue contra el Señor Nolberto Rossi Director Ejecutivo de la empresa demandada.

Del contenido de la Carta de Preaviso, las faltas graves imputadas al actor, se cifien a la injuria y faltamiento de palabra que el demandante habría incurrido por publicaciones y comentarios en su cuenta de Facebook.

Resulta necesario indicar que, según el diccionario jurídico del Dr. Guillermo Cabanellas, en sentido lato, injuria es el hecho o dicho contrario a la razón o a la justicia y vinculando el agravio sería la ofensa o el ultraje de palabra o de obra, con la intención de deshonorar, enfrentar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa a otra persona, poniéndola en ridículo o mofarse de ella.

Se debe agregar que para que exista la injuria o se considere agraviada una persona se requiere, la necesidad de identificar,

señalar, o hacer mención a otra persona, hecho que no ha sucedido en el presente caso porque el demandante nunca mencionó, identificó o señaló nombre de persona alguna que sea ejecutivo o representante al empleador contra el cual implemento los actos injuriosos señalados líneas arriba, por lo que no puede imputarse la falta grave tipificada en el inciso f) del artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Dentro de este contexto, conforme se ha podido acreditar en autos el actor no niega que agregó a la imagen las palabras "Oye Norberto si en vez de decir crecer, crecer, mejor decimos hay que pagar, pagar", también aclara según su carta de descargo que, ello obedeció a las deudas que la empresa mantenía pendiente con los trabajadores, hecho que fuera acreditado con el Acto de Infracción emitido por la Autoridad Administrativa de Trabajo, la misma que realizó hasta 4 órdenes de inspección verificándose el incumplimiento de la demandada en el pago de horas extras; hechos que se produjeron antes de las publicaciones, que pretende la demandada calificar como faltas graves atribuibles a la conducta del demandante; razón por la cual la expresión formulada en el Facebook, no se puede calificar como injuria o faltamiento de palabra contra el empleador o representantes y/o compañeros de trabajo, pues ello sólo constituye un reclamo formulado por un dirigente en base a lo verificado por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Así también, para imputarle la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25° del Decreto Supremo 003-97-TR, el demandante tenía que haber incurrido en acto de violencia, grave indisciplina injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, cometidos dentro del centro de trabajo o fuera de él, cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral; lo cual no ha sucedido ni ha sido acreditado en autos.

De igual manera se le imputa la comisión de falta grave por haber pulsado "me gusta" a memes del Facebook, a comentarios o frases como "resin o

hdp" realizados por otras personas o "compartir" una publicación que ya existe en la red y que el demandante debió eliminar o impedir que otras personas realicen dichos comentarios injuriantes. sin embargo, se debe precisar que el demandante no puede ser responsable de una conducta realizada por otras personas, pues su falta sólo puede ser atribuida a una obligación propia de hacer, más no de una omisión, más aún que la Ley exige la acreditación de los agravios probando que fueron dirigidos por el demandante contra determinada persona con nombre y apellido propio que represente al empleador, sus representantes, personal jerárquico o de los trabajadores.

Respecto al incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo, se debe precisar según lo indicado por la propia demandada en su Carta de Preaviso, que éste hace referencia al quebrantamiento de la buena fe laboral y el respeto mutuo que debe imperar entre las partes del contrato de trabajo.

Conforme lo actuado en el proceso no se ha acreditado con documento fehaciente el quebrantamiento de la buena fe laboral, como tampoco se ha podido demostrar que existió una falta de respeto mutua entre las partes antagónicas de la relación laboral, pues como se indicó precedentemente las frases que se pretenden imputar al demandante no fueron dirigidas hacia una persona con nombre propio.]

Siendo así no se puede considerar la existencia de "falta grave" recurriendo a hechos genéricos, que por más recusables o cuestionables tanto en el ámbito moral o ético no reúnan las condiciones de identidad y configuraban la existencia de la falta grave, al no haberse identificado a la persona contra la cual estuviera dirigida estos supuestos "injuriantes"

Esta infracción normativa ha incidido en la decisión impugnada para revocar la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda, la misma que hubiera sido confirmada de aplicarse correctamente esta normativa legal.

¿CUÁL ES LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA NORMA INVOCADA?

La interpretación correcta de la falta grave contenida en los incisos a) y f) del artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR y el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo, es aquella que considera que para los efectos de evaluar la falta grave del trabajador, resulta necesario el incumplimiento de obligaciones de trabajo y quebrantamiento de la buena fe laboral, lo cual no se encuentra acreditado con prueba alguna en autos y que los hechos acontecidos estén dirigidos a personas específicas, y si bien, el mismo se encuentra dirigido al Señor Norberto Rossi, esta persona no resulta parte en el presente proceso, y más aún, si la frase atribuida fuera injurioso para este funcionario, debió realizar un reclamo por escrito o formular denuncia alguna; lo cual no ha sucedido.

Así también no se ha incumplido lo previsto en el Reglamento Interno de Trabajo, pues el artículo 74 está referido al incumplimiento de la buena fe laboral y el principio de respeto mutuo, el mismo que no se ha perdido durante todo el récord laboral del actor, quien no obstante ostentar la condición de dirigente sindical (Secretario de Defensa), actuó siempre dentro los cánones regulares a fin de ejercer la defensa de los afiliados, tanto así que de autos se comprueba la no existencia de documento que atribuya el incumplimiento a la norma última citada.

Sexta Infracción Normativa

La infracción normativa, consistente en una contradicción manifiesta por existir una resolución emitida por la misma Sala Laboral,

Consideramos necesario señalar, que a nuestro parecer se da una infracción normativa porque el mismo colegiado que resolvió la resolución impugnada, otorgó la medida cautelar al demandante, conforme es de verse de la resolución de fecha 10.07.2014, cuyo 10 considerando señala "de las pruebas ofrecidas...se verifica el Acta de Asamblea Nacional Extraordinaria de elecciones del Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley S.A.-Perú...del cual se aprecia que el accionante fue elegido como Secretario de Defensa...se verifica el cargo de la solicitud de inspección especial urgente por práctica antisindical y actos de hostilización de fecha 29 de febrero de 2013" y en el 13 considerando

señala "la medida cautelar solicitada por la parte demandante resulta congruente con la pretensión formulada en el proceso principal, esto es, la reposición a su cargo de vendedor integral de la Tienda Ripley de San Isidro", lo cual permite advertir que al existir esta resolución de medida cautelar el Colegiado incurriría en contradicción con el fallo emitido y que es materia del presente recurso, pues no ha analizado ni considerado la condición de dirigente sindical, por cuya razón fue despedido; lo que constituye una infracción normativa cuya contravención incidió en la decisión de la resolución impugnada.

SÉTIMA INFRACCIÓN NORMATIVA

Interpretación errónea del artículo 9º del Decreto Supremo 003-97-TR

"Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y *sancionar disciplinariamente*, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, *dentro de criterios de razonabilidad* y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo."

De lo resaltado se infiere que en el presente proceso la Sala Superior en su cuarto considerando señala "...En ejercicio de su poder de dirección el empleador está facultado a ...sancionar al trabajador en el desempeño de sus funciones. Estas facultades efectivizan el poder de dirección...", y es mérito a esta facultad de dirección que le imputa al demandante la comisión de faltas graves por las supuestas expresiones injuriantes a través del Facebook contra sus compañeros de trabajo; sin embargo, no tiene en consideración que el demandante en ningún momento incumplió el elemento de subordinación dentro de su relación contractual de trabajo, y si bien la demandada podía ejercer la facultad de dirección no podía desconocer la

condición de Secretario de Defensa del SUTRAGRISA del demandante, a fin de ejercer sus facultades dentro del criterio de razonabilidad.

¿CUÁL ES LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA NORMA INVOCADA?

En el presente caso no se discute la facultad de dirección del empleador, por tanto la Sala Laboral, a fin de obtener mayores argumentaciones para su decisión interpreta la norma sustantiva, bajo parámetros errados, pues la facultad sancionadora del empleador no puede ser ilimitada, ya que conforme lo señala la propia norma debe aplicarse con criterio de razonabilidad, lo cual no ha tenido en cuenta la Sala Superior y pretende argumentarlo incluso con la libertad de empresa que no es materia de controversia, para encubrir que el demandante, fue despedido como consecuencia de su actividad sindical, lesionando el derecho a la libertad sindical.

Esta interpretación incorrecta ha inducido a una decisión errada contenida en la resolución impugnada.

2.) Violación al Debido Proceso.

Uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener una resolución razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente formuladas por las partes; sin embargo, la Cuarta Sala Laboral al emitir la sentencia de vista, no tuvo en cuenta la exigencia prevista en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, respecto que las decisiones judiciales deben ser motivadas, como garantía que la Ley exige a los jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, lo cual no se ha observado en el presente proceso, pues los jueces superiores no han expresado el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia denegando la pretensión principal sobre la utilidad de despido, que invocamos con la demanda basados en las causales) y b) del artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR, teniendo en cuenta la condición de dirigente sindical del demandante, quien fue objeto de imputación de despido al quinto día que la demanda es notificada con el

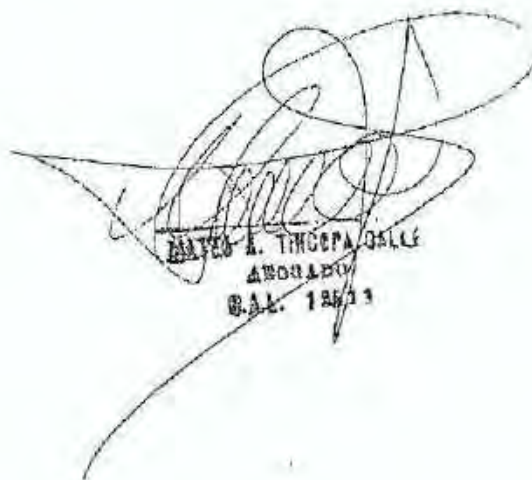
Acta de Infracción por incumplimiento de sus obligaciones laborales; es decir, el Colegiado de la Cuarta Sala Laboral, no ha expresado un razonamiento dentro de un proceso lógico que los condujo a desestimar la nulidad del despido y consecuente reposición del demandante en su condición de Secretario de Defensa de SUTRAGRISA, por tanto lo decidido por el Superior Colegiado no nos asegura el ejercicio de una administración de justicia con sujeción a la Constitución y a la Ley, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Precisamos que la pretensión contenida en nuestro recurso casatorio es anulatorio total como pretensión principal y revocatorio como pretensión subordinada

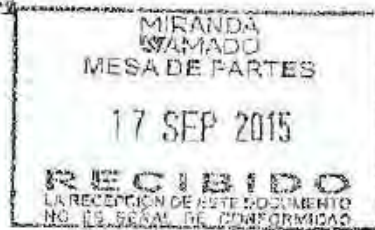
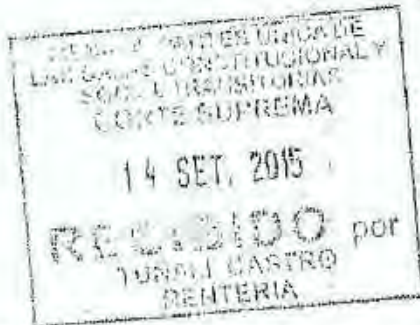
POR TANTO:

A usted Señor Presidente sírvase tener por interpuesto el recurso de casación que se plantea y concederlo oportunamente, disponiendo se remitan los actuados a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República donde esperamos sea amparada.

Lima, 30 de Julio del 2015


MATEO A. TINCOZA CALLE
ABOGADO
O.A.L. 18611


Calle



Casación N° 13925-2015-0-5001-SU-DC-01
Secretaría de Sala: Dra. Naupari Saldívar
Sumilla: DESISTIMIENTO DE RECURSO DE CASACIÓN

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

GIANCARLOS CORNEJO ALVARADO, identificado con Documento Nacional de Identidad No. 42319535, en los seguidos contra TIENDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY S.A., sobre nulidad de despido, atentamente digo:

Que, a través del presente escrito formulo desistimiento al recurso de casación presentado el 31 de julio de 2015 contra la Sentencia emitida por la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 3 de julio de 2015 por la cual se declara infundada la demanda que interpuso.

En efecto, me desisto del recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida por la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, de conformidad con lo establecido en el artículo 342º del Código Procesal Civil, que señala textualmente lo siguiente:

"Artículo 342 - Oportunidad del desistimiento"

El desistimiento del proceso o del acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto. (...)"

En este contexto, tomando en cuenta que el recurso de casación que planteo aún no ha sido resuelto por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, solicito que la Sala acepte mi desistimiento a este acto procesal (recurso de casación) y, por ende, se tenga por consentida la sentencia de fecha 3 de julio de 2015.

Es importante dejar expresa constancia que el desistimiento corresponde a una situación que conviene a mi derecho, constituyendo el presente acto una decisión libre, voluntaria e incondicional de no continuar con el trámite del recurso de casación.

ARCHIVO M&A

17 SEP 2015

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINODE	
SEDE ALFONSO VALDES,	
JUECES: Tercera Sala de Trabajo	
Fecha: 02/11/2015 10:25:32	
JUDICIAL: D. Judicial, Lima	



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DÉCIMO PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO DE TRABAJO DE LIMA
Av. Abascoy Cdra. 3, esquinó con Nicolás de Piérola, frente al Parque Universitario

EXPEDIENTE : 12945-2013-98-1801- JR-LA-11
DEMANDANTE : TINDAS POR DEPARTAMENTO RIPLEY
DEMANDADO : NULIDAD DE DESPIDO
MATERIA : MEDIDA CAUTELAR
JUEZ : ANGEL TOMAS RAMOS RIVERA
SECRETARIO : DORA MARIA APAZA CHUPA

RESOLUCIÓN NÚMERO QUINCE
Lima, Nueva de Noviembre del dos mil Quince.-

Por devueltos los autos de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República, en fecha 3 de Noviembre del 2015, entregado por el Centro de Distribución Modular con fecha 6 de Noviembre del 2015. Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante Resolución de fecha 14 de Setiembre de 2015, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República, resuelve tener por desistido el recurso de Casación interpuesto por la parte demandante, contra a sentencia de vista emitida por la Cuarta Sala Laboral permanente que revoca la sentencia de primera instancia y reformándola la declara infundada. En consecuencia dispone el Archivo del proceso.

SEGUNDO: Estando lo expuesto, tanto más si la sentencia emitida por esta Judicatura ha sido confirmada por la Cuarta Sala Laboral Permanente, siendo ello así, **SE DISPONE; CUMPLASE LO EJECUTORIADO;** en consecuencia **SE RESUELVE: ARCHIVARSE DEFINITIVAMENTE** todo lo actuado en la forma y modo de ley. **Avocándose al conocimiento de la presente causa el Señor Juez que suscribe por disposición Superior. NOTIFIQUESE.-**