

IUS ET VERITAS

DERECHO LABORAL: DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS



69

EDICIÓN SESENTA Y NUEVE

IUS ET VERITAS





Créditos

Copyright© 2010 por la Asociación IUS ET VERITAS

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 99-4255

Carátula hecha por Zugey Vasquez Vidaurre, María Fernanda Quinto Veliz, Daniela Dayana Esteves Cabrera y Fiorella Dayana Bedoya Fernández

Diagramación realizada por Lluly Palomino Vergara

La Revista se terminó de diagramar en diciembre de 2024.

La presente edición de IUS ET VERITAS es una Revista arbitrada, gestionada y editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De esta forma, el Equipo Editorial de IUS ET VERITAS publica artículos de investigación jurídica, los cuales son sometidos a un procedimiento de revisión por pares a doble ciego.

IUS ET VERITAS es una revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPEJ).

La Revista IUS ET VERITAS está oficialmente indexada en el Catálogo de LATINDEX 1.0 y 2.0. Nuestros altos estándares de calidad son ahora reconocidos y acreditados en el Sistema Regional de Información para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en Dialnet, portal de la Universidad de La Rioja, uno de los mayores portales bibliográficos de difusión de literatura científica a nivel internacional.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, base de datos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en VLEX, portal jurídico en español con ediciones en Argentina, Ecuador, España, Chile, Perú y Venezuela. Brinda información en más de 130 países en todas las áreas del Derecho.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en EBSCO, base de datos publicada por la empresa Ebsco Information Services.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (REDIB) Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, la cual es una plataforma de agregación de contenidos científicos y académicos en formato electrónico producidos en el ámbito iberoamericano.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en el catálogo (ALICIA) Acceso Libre a Información Científica para la Innovación del Concytec.

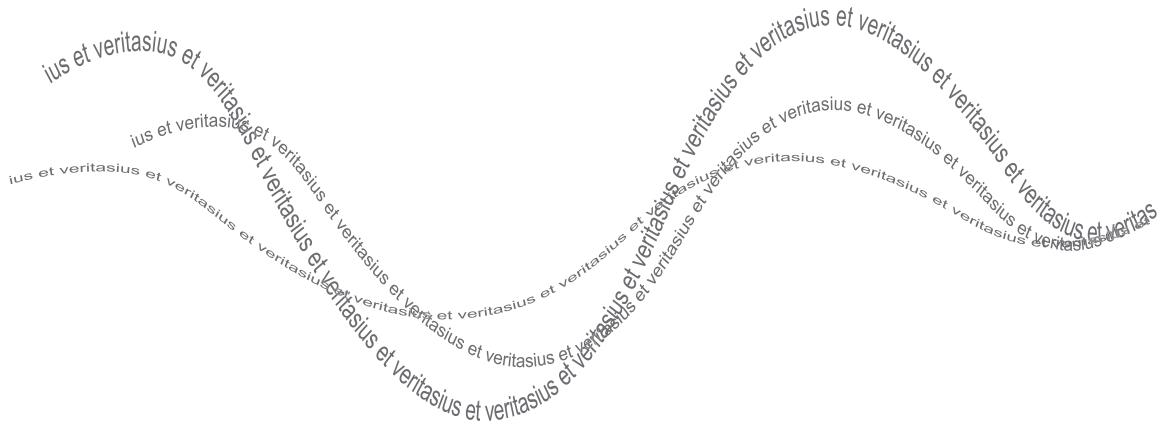
La Revista IUS ET VERITAS se encuentra adherida a la Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades (LatinREV) de FLASCO Argentina.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en SCOPUS, constituyéndose como la primera Revista gestionada por estudiantes de Derecho del Perú en indexarse a la base de datos de la editorial Elsevier.

Oficina de IUS ET VERITAS ubicada en Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima.
Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Teléfono: 626-2000 anexo 5392 // Telefax: 626-2464
Correo electrónico: publicaciones@iusetveritas.com
Dirección electrónica: <http://iusetveritas.com>

Los interesados en colaborar con IUS ET VERITAS mediante sugerencias, comentarios o con la remisión de artículos pueden enviar un correo electrónico a publicaciones@iusetveritas.com

La Asociación IUS ET VERITAS y el Equipo Editorial de la Revista no se solidarizan necesariamente con las opiniones vertidas por los autores.



Friedrich Nietzsche

Equipo editorial

Editora General:

Gabriela Rubí Díaz Quintana, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
diaz.gabriela@pucp.edu.pe

Equipo Editorial:

Ana Murhiel Díaz Aguilar, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
murhiel.diaz@pucp.edu.pe
Andrea Luciana Kobashigawa Oliver Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
akobashigawa@pucp.edu.pe
Daniela Scotto Sheen, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
dscottos@pucp.edu.pe
Emely Solange Del Aguila Mardini, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
emely.delaguila@pucp.edu.pe
Oriana Jetzubely Catacora Catari Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
oriana.catacora@pucp.edu.pe
Rosario del Pilar Carhuallanqui Ayarza, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
rosario.carhuallanqui@pucp.edu.pe

Coordinador General de la Edición

Elmer Arce Ortiz, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
egarce@pucp.edu.pe

Comité Editorial

María del Carmen Boldó Rosa, Universitat Jaume I (Castellón de la Plana, España)
boldo@uji.es
Enrique Varsi Rospigliosi, Universidad de Lima (Lima, Perú)
evarsi@ulima.edu.pe
Eugenia Silvia Ariano Deho, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
eariano@pucp.edu.pe
Milay Burgos Matamoras, Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)
mburgosm@derecho.unam.mx
Mônia Clarissa Hennig, Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)
moniah@unisc.br
Guillermo Boza Pró, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
boza.g@pucp.edu.pe
Jaime Pintos Santiago, Universidad a Distancia de Madrid (Madrid, España)
jaime.pintos@udima.es
José Ugaz Sánchez-Moreno, Benites, Vargas y Ugaz Abogados (Lima, Perú)
jugaz@bvu.pe

Comité Científico

Roberto Romboli, Università di Pisa (Toscana, Italia)
roberto.romboli@unipi.it
Francesco Parisi, University of Minnesota (Minnesota, Estados Unidos)
parisi@umn.edu
Kathrin Nitschmann, Hochschule Trier (Trier, Alemania)
k.nitschmann@umwelt-campus.de
Richard Epstein, University of Chicago (Illinois, Estados Unidos)
repstein@uchicago.edu
Jorge Agudo González, Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España)
jorge.agudo@uam.es
Miluska Orbegoso Silva, Universidad de la América Puebla (Puebla, México)
miluska.orbegoso@udlap.mx
William Kovacic, George Washington University (Washington, Estados Unidos)
wkovacic@law.gwu.edu
Giovanni Priori Posada, Estudio Miranda & Amado (Lima, Perú)
gpriori@mafirma.com.pe
Marianella Ledesma, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
mledesma@pucp.edu.pe

Índice

Artículos

Sección Principal

- La salvaguarda del derecho a la salud laboral ante el desarrollo del tiempo de trabajo digital: la lucha contra la desnaturalización de los límites de la jornada de trabajo y descanso
Protecting the right to occupational health in the face of the development of digital working time: the fight against the denaturalization of the limits of working and rest time
José Eduardo López Ahumada 12
- El *ius variandi* en el Perú: entre la amplitud normativa y los imprescindibles condicionantes para su ejercicio
The ius variandi in Peru: between the breadth of the legal formula and the essential conditions for its exercise
Carlos Alfredo Villavicencio Ríos 31
- Régimen Jurídico del Teletrabajo en el Perú
Aspectos individuales de la cuestión
Legal Regime of Telework in Peru. Individual aspects of the issue
Elmer Guillermo Arce Ortiz 42
- La inteligencia artificial y las relaciones laborales
Artificial intelligence and labour relations
Jorge Luis Toyama Miyagusuku 55
- La eficacia personal del convenio colectivo de trabajo: Idas y venidas sobre la extensión unilateral del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados
The personal effectiveness of the collective agreement: Comings and goings on the unilateral extension of the collective agreement
Guillermo Martín Boza Pró y Joaquín Briones Zegarra 70

- El cuidado de la salud mental: un reto para garantizar entornos de trabajo seguros y saludables
Mental health care: a challenge to guarantee safe and healthy work environments
Sergio Arturo Quiñones Infante 87
- ¿Tienen los empleadores el deber de seguir abonando salarios, a pesar de no recibir trabajo a cambio? Razones para su debida consideración
Do employers have a duty to continue paying wages in absence of work in return? Reasons to consider
Ernesto Alonso Aguinaga Meza 103
- La configuración del teletrabajo por los órganos judiciales y la negociación colectiva: una mirada ilustrada
The configuration of teleworking by courts of justice and collective bargaining: an illustrated vision
Diego Megino Fernández 125
- Inspección del trabajo y sindicatos: crítica de su interacción y bases para una relación colaborativa
Labour inspection and trade unions: criticism of their interaction and foundations for a collaborative relationship
Luis Mendoza Legoas 146

Sección General

- De víctimas a victimarias: el delito de difamación y las denuncias públicas por violencia de género
From victims to perpetrators: the crime of defamation and public allegations of gender-based violence
Josefina Miró Quesada Gayoso 168

El principio de subsidiariedad horizontal. Notas para su encuadre en el régimen económico peruano

The Principle of Horizontal Subsidiarity: Framing Notes for its Role in the Peruvian Economic System

Lucio Andrés Sánchez Povis

191

¿El sistema de eliminación de barreras burocráticas es constitucional?: Un debate a partir del caso de la tercerización laboral

Is the system for eliminating bureaucratic barriers constitutional?: A debate based on the case of labor outsourcing

Sonia Quiñonez López y

Jesús Hernández Peña

210

La prescripción tributaria

Un ejercicio interpretativo de los artículos 43 y 44 del Código Tributario

The tax statute of limitations

An interpretative exercise of Articles 43 and 44 of the Tax Code

Jaime Niltong Lara Márquez

233

O regime jurídico aplicável ao ato ilícito lucrativo: entre Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa

The legal regime applicable to illicit profitable acts: between Tort Law and Unjust Enrichment

Thalles Ricardo Alciati Valim y

Gabriel Ribeiro dos Santos

248

Consejo Directivo:

Directora Ejecutiva:
Directora de Publicaciones:
Director de Cursos:
Directora de Eventos:
Directora de Financiamiento:
Director de Gestión Institucional:
Directora de Imagen Institucional:
Directora de Investigación Académica:
Directora de IUS 360:
Directora de Podcast y Multimedia:
Directora de Recursos Humanos:
Directora de Desarrollo Social - Siembra:

Yahaira Sthefanny Melannie Mendoza Taboada
Gabriela Rubí Díaz Quintana
Julio Esteban Azabache Llacctas
Harleth Selene Fiestas Mamani
Nikol Kimberly Collana Maquin
Ronald Augusto Atahui Cervantes
Fiorella Dayana Bedoya Fernández
Andrea Alexandra Herrera Enciso
Daniela Jimena Beisaga Aldazabal
Adriana Milagros Palomino Revilla
Lucía Carolina Castillo Urquieta
Andrea Alexandra Dávila Carrasco

Publicaciones

Emely Solange Del Aguila Mardini
Ana Murhiel Diaz Aguilar
Andrea Luciana Kobashigawa Oliver

Oriana Jetzubely Catacora Catari
Rosario del Pilar Carhuallanqui Ayarza
Daniela Scotto Sheen

Cursos

Sandra Daisy Benites Briones
Angelina Flor Melgarejo Capillo
Adolfo Jesús Moreno Tantalean

María Elena Sosa Crisanto
Angie Beatriz Santiago Encarnación

Eventos

José Eduardo Rubio Paredes
Marina Jesús Cristina Carrión Mejía
Camila Shigueto Herrera

Enma Pierina Retuerto Carrillo
Matias Fabian Otazú Cárdenas
Xiomara Allison Palomino Gomez

Financiamiento

Joaquín Rodrigo Villar Montoya
Nicole Ramírez Gutierrez

Frida Pérez Camacho
Genesis Chinchay Muñoz

Gestión Institucional

Mariel Mansilla Peláez
Bianca Apaza Velásquez

Melissa Flores Rubio

Imagen Institucional

Christian Aarón Monteagudo Reyes
Thayra Coralí Luna Marroquín
Fernando Gabriel Espejo Ramos
Alessia Camila Lino Saldaña

María Fernanda Quinto Veliz
Andrea Ximena Ybarra Ortiz
Daniela Dayana Esteves Cabrera
Samira Marisol Requejo Pinedo

Investigación Académica

Giuliana Vanessa Fernández Cabrera
Valeria Mercedes Dávalos Ludeña
Alejandro Gael Del Carpio Briceño

Sofía Mía Coaguila Otálora
Aitana María Bendayan Arevalo

IUS 360

Francesca Joana Escobedo Chuiso
Leine Nicel Meza Lazo
Annie Karol Terry Dionicio Asto

Carmen Elena Puma Valle
Marilyn Esmeralda Ramírez Soplin
Fabrício Eduardo Huamán Huamán

Podcast y Multimedia

Kyara Gianella Ulloa Nuñez
Alexia Samantha Castillo Acuña

Valeria Trinidad Peña
Angélica Giuliana Callirgos Santos

Recursos Humanos

Dayanne Antonella Estrada Matos
Kylie Valdeavellano Madueño

Claudia Alexandra Medina Celis
Diana Luz Mora Torres

Desarrollo Social - Siembra

Vera Camila Delgado Díaz
Lidia Mariana Gabriela Ruiz Vasquez
Claudia Sofia Quevedo Morales
Roma Marcela Ortiz de Orue Riquelme

Gabriela Aleksandra Segovia Zavaleta
Sofía Elizabeth Romero Cornejo
Daniel Alejandro Hernández Lévano



La salvaguarda del derecho a la salud laboral ante el desarrollo del tiempo de trabajo digital: la lucha contra la desnaturalización de los límites de la jornada de trabajo y descanso^(*)

Protecting the right to occupational health in the face of the development of digital working time: the fight against the denaturalization of the limits of working and rest time

José Eduardo López Ahumada^(**)
Universidad de Alcalá (Madrid, España)

Resumen: El trabajo de investigación analiza cómo la digitalización de los procesos productivos afecta las variables de tiempo de trabajo y salud laboral. Se enfoca en la flexibilidad de la jornada laboral y su impacto en los nuevos entornos laborales digitales. La flexibilidad se utiliza para crear modelos de distribución irregular del tiempo de trabajo. El estudio busca aplicar de manera justa las normas del tiempo de trabajo, evitando desnaturalizar los límites legales de la jornada laboral y asegurando que no haya efectos negativos en la seguridad y salud laboral. También aborda los problemas prácticos que surgen de la confusión entre el tiempo de trabajo y la vida privada de los trabajadores.

Palabras clave: Tiempo de trabajo - Flexibilidad laboral - Descansos laborales - Salud laboral - Desconexión digital - Conciliación vida laboral y personal-familiar

Abstract: This research paper analyses how the digitalization of production processes affects the variables of working time and occupational health. It focuses on the flexibility of the working day and its impact on new digital work environments. Flexibility is used to create models of irregular distribution of working time. The study seeks to fairly apply working time regulations, avoiding denaturalizing the legal limits of the working day and ensuring that there are no negative effects on occupational health and safety. It also addresses practical problems arising from the confusion between working time and the private life of workers.

Keywords: Working time - Work flexibility - Work breaks - Occupational health - Digital disconnection - Work-life balance

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 20 de septiembre de 2024 y su publicación fue aprobada el 15 de diciembre de 2024.

(**) Abogado por la Universidad de Alcalá (Madrid, España). Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en dicha universidad. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Secretario General de la Asociación Internacional de Protección Social (AIPS). Investigador principal de la línea de investigación estable en Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Investigador titular del IELAT en las líneas de Derecho y de Relaciones Laborales-Protección Social. Responsable del programa de doctorado de América Latina y Unión Europea en el contexto internacional de la Universidad de Alcalá. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7380-5932>. Correo electrónico: eduardo.lopez@uah.es.



1. Introducción

Con carácter general, conviene destacar la tradicional conexión existente entre el tiempo de trabajo y la salud laboral. Esta relación es consustancial a la aplicación de la jornada de trabajo y tiene especial significado ante el proceso de digitalización de las actividades laborales. Especialmente, la era digital está transformando el modelo tradicional de trabajo por cuenta ajena, dando lugar a nuevas actividades laborales, que no son indicios de un futuro del trabajo mejor. Se está produciendo una transformación del trabajo subordinado y por cuenta ajena, que se está desmarcando del sistema de protección jurídico-laboral, conectado al modelo de Estado Social de Derecho.

En este sentido, este modelo está sacando partido de forma intensa a las amplias dosis de flexibilidad laboral existentes en la ordenación legal de la jornada de trabajo. Esta situación tiene su especial manifestación en el contexto de digitalización laboral y se necesita ciertamente de una intervención normativa en materia de tiempo trabajo, con el fin de conseguir una aplicación justa de los límites legales a la jornada laboral y a la necesidad de respetar los períodos mínimos de descanso.

El presente estudio aborda el impacto de la digitalización en las relaciones laborales, con un enfoque particular en la regulación del tiempo de trabajo y la salud laboral desde la perspectiva del Derecho del Trabajo español, en atención a la regulación del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)⁽¹⁾. Dicho enfoque se conjuga con la observancia de las distintas tendencias globales, que se desarrollan en la realidad laboral. Concretamente, se analiza la transformación del trabajo, al redefinir la digitalización las formas tradicionales de trabajo, creando nuevas dinámicas laborales.

También se presta atención a la variable flexibilidad laboral, incidiendo en cómo las plataformas digitales la emplean para optimizar sus operaciones y los efectos de esta práctica en los trabajadores. De igual modo, un eje esencial del trabajo se refiere a los efectos en materia de salud laboral. La relación entre el tiempo de trabajo y la salud de los trabajadores en el contexto de la digitalización, y cómo una regulación adecuada puede contribuir a mejorar las condiciones laborales. Este enfoque teórico permitirá una comprensión integral de los desafíos y oportunidades que presenta la digitalización en el ámbito laboral, así como la necesidad de intervenciones normativas para proteger los derechos de los trabajadores.

2. La nueva concepción del tiempo de trabajo y de descanso: la aplicación acusada de la flexibilidad de la jornada de trabajo

La regulación del tiempo de trabajo se caracteriza por los grandes márgenes de flexibilidad contemplados en su ordenación en el artículo 34 del ET. Las amplias posibilidades de distribución irregular del tiempo de trabajo dan lugar a una labor interpretativa y aplicativa sumamente compleja. La concepción flexible del tiempo de trabajo plantea nuevos problemas prácticos desde el punto de vista de la singularidad del trabajo digital y de la automatización de los procesos de trabajo, incidiendo especialmente en la salud laboral de las personas trabajadoras.

Esta concepción permite la posibilidad de condicionar los derechos de las personas e impedir la consecución efectiva de la limitación de la jornada laboral y la observancia del derecho al descanso necesario. Las distintas reformas producidas, en el ámbito del tiempo de trabajo, han venido a transformar la función clásica y originaria de la limitación de la jornada laboral. Esta afirmación se acentúa en la medida en que las transformaciones del trabajo y las nuevas formas de empleo digital permiten difuminar la limitación de la jornada de trabajo. De esta forma, se afecta en esencia a la propia función tuitiva del Derecho de Trabajo.

Las reformas laborales del tiempo de trabajo contextualizadas en períodos de crisis económica, y la progresiva adaptación de las innovaciones tecnológicas, están estrechamente relacionadas con la propia desvirtualización de las instituciones del tiempo de trabajo. En efecto, dicho contexto ha supuesto en realidad la pérdida de control de los trabajadores de su propio tiempo de trabajo personal⁽²⁾.

(1) El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
(2) Desde esta perspectiva, se ha comentado que esta renuncia a la soberanía del tiempo personal de los trabajadores se presenta como un auténtico sacrificio. Dicha cesión de los trabajadores en materia de tiempo de trabajo tiene su origen en la adaptación de la legislación laboral a la necesidad del mantenimiento del trabajo en tiempos de crisis (Ballester Pastor, 2013, pp. 54-56).



Se evidencia la necesidad de adaptar la regulación del tiempo de trabajo con la finalidad de contextualizar su ordenación desde el punto de vista de la soberanía de la esfera privada de las personas trabajadoras. En este ámbito es donde se encuentran los mayores problemas prácticos y donde se desarrollan las principales situaciones conflictivas. Se aprecian importantes disfuncionalidades que demandan una revisión inherente a la propia dinámica de las relaciones jurídico laborales. Nos estamos refiriendo a nuevas situaciones en las que se produce un aumento significativo de las facultades directivas del trabajo por parte de las empresas. El avance tecnológico concurre efectivamente con la amplitud del poder empresarial de dirección y de organización en materia de tiempo de trabajo.

A efectos de reafirmar los límites legales del tiempo de trabajo, la regulación debe ser actualizada de forma especial para conseguir la finalidad inherente a la delimitación de la jornada máxima legal efectiva y al desarrollo de una distribución equilibrada. La finalidad es evitar el desarrollo de las prolongaciones de jornada, que materialmente escapan de la calificación del tiempo de trabajo extraordinario. Sin olvidar, la limitación de las situaciones de fraude laboral, ligadas al uso de la contratación a tiempo parcial, como fórmula de eludir la regulación de la jornada ordinaria a tiempo completo.

Del mismo modo, conviene indicar que determinadas medidas de política legislativa orientadas a la garantía del tiempo de trabajo no han cumplido suficientemente con su finalidad protectora. En este sentido, tanto la regulación del derecho a la desconexión digital, así como el tratamiento del registro de la jornada, no han conseguido un efecto disuasorio y garantista de la observancia de los límites legales de referencia.

A pesar de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos y garantía de los derechos digitales, que regula el derecho a la desconexión digital (artículo 88), muchos trabajadores siguen sintiendo la presión de estar disponibles fuera del horario laboral. Esto se debe a la cultura empresarial y a la falta de mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento de este derecho. El ET permite una considerable flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo (artículo 34 ET), lo que puede llevar a interpretaciones ambiguas y a la explotación de estos márgenes por parte de las empresas. Esta flexibilidad puede dificultar la aplicación estricta de los límites legales de la jornada laboral.

En efecto, estas medidas se han presentado como un importante avance y una concepción protectora, que es necesario seguir manteniendo en materia de tiempo de trabajo. Sin embargo, son medidas que siguen siendo ineficaces por los propios márgenes de flexibilidad existentes legalmente en la

ordenación del tiempo de trabajo. En especial, nos referimos a las importantes posibilidades de distribución irregular de la jornada de trabajo. Es cierto que el artículo 34.2, párrafo 1 y 2, del ET contempla límites, pero su configuración es tan flexible que el margen de distribución irregular es sumamente amplio. Dicha distribución irregular queda limitada por los descansos necesarios previstos legalmente.

De igual modo, podemos indicar las considerables oportunidades que tienen las empresas de compensar las prolongaciones de la jornada con tiempo de descanso alternativo. Y eso, en el mejor de los casos, ya que cabe incluso la compensación económica del aumento del tiempo de trabajo, que desincentiva el descanso laboral efectivo.

Precisamente, a dicha situación ha contribuido la devaluación de las normas jurídico-laborales protectoras, que han cedido ante las nuevas realidades de la economía digital. Sin duda, el mantenimiento de los límites legales a la jornada de trabajo pasa evidentemente por la consecución efectiva del equilibrio de los intereses antagónicos y con ello la protección de las personas trabajadoras.

3. La ordenación flexible del tiempo de trabajo en el contexto de la digitalización laboral

Los sistemas de organización de la actividad laboral se han ido desarrollando intensamente, directamente influenciados por las innovaciones tecnológicas y el proceso de digitalización laboral. Efectivamente, los sistemas de organización de la actividad laboral demandan la introducción de innovaciones, así como las mejoras técnicas y tecnológicas aplicadas al trabajo. Se trata evidentemente de un desafío para la organización de la actividad productiva de una empresa, puesto que la correcta adaptación a las innovaciones tecnológicas garantiza la competencia en el mercado y con ello la supervivencia y, en su caso, la expansión del proyecto empresarial⁽³⁾.

(3) En este sentido, nos encontramos ante una necesidad permanente de adaptación, que incide en el propio funcionamiento del sistema productivo. Evidentemente, cuanto mayor es el nivel de desarrollo tecnológico de una empresa, mayores son sus posibilidades de producción de bienes y servicios.



Esta necesidad empresarial se manifiesta en el impulso constante de avance de la innovación tecnológica y digital. El proceso de evolución y actualización de la tecnología es imparable. A medida que las empresas incorporan los avances tecnológicos, mayores son sus posibilidades de producción de bienes y servicios, que se sirve a un mercado para satisfacer las necesidades de consumo de las personas. Todo ello se traduce en un mercado profundamente digitalizado⁽⁴⁾.

Este contexto de referencia, que afecta la incorporación de las tecnologías informáticas y digitales a los procesos productivos, es el presupuesto condicionante de la aplicación del Derecho del Trabajo. Ello está dando lugar a la desvirtualización de los límites de la jornada laboral y a la imposibilidad de garantizar adecuadamente el derecho al descanso necesario. El constante cambio tecnológico ejerce una influencia general en las relaciones de producción y en el modelo de trabajo. Así, significa que dicho contexto altera profundamente la organización empresarial, pero también repercute irremediabilmente en las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras.

La empresa se encuentra obligada a digitalizarse permanentemente y tiene que abordar un cambio de estrategia en distintos ámbitos de la gestión de los recursos humanos. Este contexto plantea la necesidad de adaptar la formación profesional, la valoración del trabajo, la cualificación y recualificación profesional, así como la gestión del tiempo de trabajo. La jornada laboral es un elemento esencial que incide en la capacidad de producción y de maximización del potencial de una plantilla de una empresa.

Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, conviene señalar que este proceso de adaptación de la empresa al cambio tecnológico afecta a las condiciones laborales. Con todo, los cambios en la organización del trabajo y las adaptaciones a las circunstancias del mercado tienen que producirse observando las previsiones legales de referencia⁽⁵⁾. Es decir, el cambio tecnológico, que está ligado a la propia libertad de empresa, está condicionado por la garantía de la protección jurídico-laboral y por la

observancia de los derechos laborales básicos.

Por su parte, la legislación laboral favorece el desarrollo y la incorporación de las innovaciones tecnológicas debido a la ordenación flexible del trabajo. Ciertamente, ello genera grandes posibilidades que pueden ser aprovechadas por las empresas, en forma de ventajas que fomentan la competitividad empresarial. Sin embargo, deben de contemplar las limitaciones legales esenciales orientadas a la protección de la persona del trabajador.

Como ocurrió en pasadas revoluciones, especialmente en la Revolución Industrial, el modelo de producción fabril dependía de la maximización de la aplicación del tiempo de trabajo. Se trataba de una forma de trabajo condicionado acusadamente por el presidencialismo de los trabajadores. Las primeras leyes obreras dieron una respuesta de contención del liberalismo de la época, garantizando derechos y dando una respuesta efectiva a la cuestión social del momento.

Actualmente, se ha llegado a sostener incluso el preconizado fin del trabajo. En este contexto, se relega a la persona a la organización externa del trabajo, despreocupándose de ejecutar directamente las principales tareas o aquellas labores más onerosas. Estaríamos, pues, ante el fin del modelo de desarrollo del trabajo basado en el sistema taylorista, propio de la sociedad industrial⁽⁶⁾.

Este mismo problema se plantea hoy en esta nueva revolución tecnológica. Actualmente, se ponen en el centro del debate

(4) Se produce, pues, una correlación entre las exigencias de ajuste y la renovación tecnológica en el sistema social, que repercute en la necesidad de adaptación del propio sistema productivo de las empresas. Este sistema es igualmente el presupuesto que está condicionando la propia aplicación del Derecho del Trabajo y que tiene una importante manifestación en la limitación del tiempo de trabajo (García Murcia, 2020, pp. 5-6; Charro Baena, 2017, pp. 2-3).

(5) Desde la perspectiva de las implicaciones de la digitalización en la organización del trabajo, véase "El impacto de las tecnologías digitales sobre la organización del trabajo", de María Villa Fombuena (2021, pp. 395-403); "Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género", de Francisca Fernández Prol (2020, pp. 93-96); y "Más allá de la oficina: desafíos laborales emergentes en un mundo hiper conectado", de Francisco Trujillo Pons (2023, pp. 9-11).

(6) Igualmente, se ha apuntado que en esa situación ligada al fin del trabajo se produciría un problema de mantenimiento de nuestro propio modelo de protección jurídico-laboral. Ante la escasez del empleo, se abriría un amplio margen para el trabajo forzoso, careciendo el trabajador de un auténtico poder negociar y ello incidiría en una merma de derechos laborales y, en definitiva, de su protección jurídico laboral (Ferrari, 2019, pp. 2-5). Sin duda, este debate está repercutiendo en los efectos que pueden tener las nuevas formas de trabajo basadas en el avance de la innovación tecnológica y en los efectos que ello puede tener en las condiciones de trabajo y empleo (Calvo Gallego, 2016, pp. 206-213; Montoya Medina, 2019, pp. 2-12).



cuestiones ya antiguas, relativas a las nuevas servidumbres y a la necesidad de limitar las nuevas formas de trabajo⁽⁷⁾. Este debate ha sido uno de los ejes centrales de las discusiones sobre el futuro del trabajo, en el primer centenario de la OIT en el año 2019. El fondo del debate consiste en plantearnos si queremos seguir manteniendo un régimen de trabajo protegido y con derechos. Este se asienta en los modelos que garantizan nuestras Constituciones de corte social, que propugnan la garantía de un Estado social y democrático de Derecho.

En el Informe relativo a la Iniciativa del Centenario de la OIT, sobre el futuro del trabajo, se hacía constar que las tecnologías de la información y la comunicación pueden aumentar las posibilidades de trabajo a distancia. Además, facilitan mejor la conciliación de las responsabilidades familiares y personales. No obstante, se advertía del peligro relativo a la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas laboral y privada de las personas trabajadoras.

El modelo de trabajo derivado de la actual revolución tecnológica genera la destrucción de numerosos puestos de trabajo, que deberían de ser reemplazados por otros nuevos empleos ligados al nuevo desarrollo tecnológico. Como ha ocurrido en otras revoluciones, el propio cambio de producción tiene que traer consigo nuevos yacimientos de empleo. En todas estas transiciones, siempre ha estado presente el Derecho del Trabajo y siempre ha estado ofreciendo una respuesta tuitiva a los intereses vitales de las personas trabajadoras. Por tanto, dicha situación demuestra que la legislación laboral y su finalidad protectora se puede perfectamente adaptar al contexto de revolución tecnológica que se proyecte en cada momento, así como al contexto socio económico de referencia.

Anteriormente, se han descrito de forma sucinta las líneas esenciales de este debate. En esencia, se describen las utopías relativas al futuro del trabajo, destacando las posiciones más extremas y antagónicas. Se trata de un debate mucho más profundo e interdisciplinar, que afecta a la Economía o a la Sociología y, por supuesto, al Derecho. Evidentemente, en este debate está presente la necesidad de observar límites al fomento de la economía en su visión liberal más ortodoxa, que se ha desarrollado insensiblemente desde la perspectiva social.

Precisamente, la OIT ha aludido a la noción de transición justa en este proceso de revolución tecnológica⁽⁸⁾. Este planteamiento supone la necesidad de aprovechar todo el potencial que implica el progreso tecnológico y sus consecuencias en el crecimiento de la productividad de las empresas. Se trata de un aprovechamiento social de la tecnología, que es necesario para conseguir el objetivo del trabajo decente en el ámbito laboral.

En esta línea, la transición justa está estrechamente relacionada con el propio futuro del trabajo, en la medida en que permite que sea más inclusivo y menos desigual. Estamos en presencia de un concepto que tiene un enorme potencial y que puede acompañar desde la perspectiva del Derecho del Trabajo al proceso de transformaciones laborales. Dicha noción de transición justa debe tener en cuenta las dificultades que tienen las personas en su transitar por dichos cambios estructurales en el mundo del trabajo.

En este sentido, se trata de abogar por una revolución tecnológica controlada desde el punto de vista social. Dicha revolución en el ámbito laboral debe ser respetuosa con el modelo de trabajo protegido y para ello es esencial la garantía del trabajo digno y el desarrollo sostenible de la economía. Estaríamos, pues, en presencia de una manifestación directa en el ámbito laboral de la aplicación del objetivo de desarrollo sostenible número 8 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que defiende la necesidad de garantizar el trabajo decente por medio de un desarrollo sostenible⁽⁹⁾ e inclusivo.

Desde esa perspectiva, presenta especial importancia el desarrollo de este principio en

-
- (7) La preocupación por el desarrollo de la nueva Revolución Industrial es ciertamente un gran reto para la sociedad. Nos encontramos ante una utopía relativa al futuro del trabajo en la era de Internet. Actualmente, se cuestiona la función que debe tener el trabajo productivo de las personas y cómo incide ello en la descomposición y en gran medida en la recomposición de los procesos de trabajo frente a la regulación tradicional de la legislación laboral.
- (8) Sobre la configuración de la noción de transición justa y su tratamiento necesario como máxima que acompaña el proceso de transformación del trabajo, véase "Trazando un camino hacia el futuro del trabajo. El informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo en el marco del centenario de la OIT", de Joaquín Nieto Sáinz (2019, pp. 25-26). La noción de transición justa se presenta como un concepto clave, que permite la transición hacia el futuro del trabajo desde la perspectiva del trabajo decente.
- (9) Ello supone acompañar el desarrollo de las tecnologías con un conjunto de previsiones normativas que permitan contribuir a la consecución de los objetivos de sostenibilidad social, económica y medioambiental de los sistemas de producción de las empresas. En este sentido, y desde la perspectiva de la Unión Europea, existe una preocupación por el seguimiento de la digitalización del trabajo en atención a las políticas de energía, el clima y el medio ambiente. Al respecto, véase el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por



virtud del diálogo social, orientado a asegurar la dignidad de la persona trabajadora. Es preciso conseguir un uso racional del tiempo de trabajo y de descanso. Asimismo, este uso racional del tiempo de trabajo permite la realización personal, así como una distribución equitativa de los beneficios ligados los avances tecnológicos, que deben beneficiar a todos por igual⁽¹⁰⁾.

4. Digitalización laboral y ordenación justa de las instituciones del tiempo de trabajo

Actualmente, existe una gran incertidumbre sobre el concreto impacto de la digitalización y de la robotización en el mundo del trabajo. Se trata de un proceso ciertamente complejo, que puede adoptar distintas formas de aplicación, y cuyos cambios, en el contenido del trabajo y en el modelo de producción, necesitará igualmente una respuesta del Derecho del Trabajo. Con todo, estamos ante un proceso inevitable, que se debe seguir periódicamente en función de sus distintos avances y que está irremediamente conectado con el propio progreso de la sociedad.

Como ocurre en otros ámbitos, el Derecho del Trabajo está llamado a interiorizar los desafíos inherentes a este proceso de transformación tecnológica. Por supuesto, el gran reto consiste en aprovechar los beneficios que implica esta revolución tecnológica, así como compensar las situaciones de abuso y de ataque frontal a los derechos de las personas trabajadoras.

El proceso de revolución tecnológica debe de ordenarse en el marco de una regulación jurídico-laboral justa. Esta idea nos conduce a la propia función protectora del Derecho del Trabajo y a su sentido de acción compensadora, cuyo fundamento está presente en los orígenes del propio Derecho del Trabajo. La finalidad sigue siendo la misma, esto es, la compensación justa de las distorsiones económicas y sociales que provoca el desarrollo de la actividad económica. Igualmente, se deben compensar las situaciones de desequilibrio, en una relación

jurídica por naturaleza desequilibrada. Todo ello presupone la necesidad de promover una recomposición de intereses en la relación laboral, interviniendo especialmente en la autonomía contractual individual.

En este sentido, se manifiesta la importancia de la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo. El proceso de contestación de la legislación laboral frente al cambio tecnológico no puede olvidar los aspectos colectivos del sistema de protección jurídico laboral. La participación colectiva de los trabajadores y, en especial, la acción sindical son presupuestos necesarios para una racionalización del proceso de innovación tecnológica. Dicho objetivo es esencial de cara a conseguir una composición de intereses justa. Asimismo, ello supone la necesidad de adaptar el modelo de representación y de acción sindical a las nuevas organizaciones empresariales, que responde tanto cuantitativa, como cualitativamente, a un modelo de empresa ciertamente diferente⁽¹¹⁾.

En efecto, han cambiado profundamente las fórmulas de organización del trabajo en la empresa, pero igualmente ha cambiado sustancialmente la empresa en sí misma considerada. Esa transformación requiere inevitablemente de una nueva concepción de los sistemas de representación colectiva de los trabajadores en las empresas. A título de ejemplo, podemos destacar el avance generado por la Ley 10/2021, de 8 de julio, en relación al trabajo a distancia. No obstante, no cabe duda de que todavía es

el Clima (Diario Oficial de la Unión Europea, L 328, pp. 1-77). Se analiza el impacto negativo que tiene el desarrollo de diversas tecnologías digitales en el medio ambiente, especialmente con relación a los índices de producción de residuos. Igualmente, existe una preocupación por el desarrollo de dichas tecnologías en el ámbito europeo y de su relación con la exportación a países en vías de desarrollo. De igual modo, se tiene en cuenta los efectos que los nuevos desarrollos tecnológicos tienen en la producción de productos en base a materias primas que se consiguen en otros países. Especialmente, se presta atención a los recursos empleados, por ejemplo, atendiendo al consumo excesivo de agua o energía, así como a las extracciones incontroladas de materias primas.

(10) Sin duda, la noción de intervención y de recomposición de intereses es esencial en el proceso de transformación del trabajo digital (Baylos Grau, 2019, pp. 8-11; Degryse, 2016, pp. 17-19). Evidentemente, la economía digital tiene que estar condicionada a la observancia de límites esenciales ligados a la noción de trabajo digno y justo. Dichos principios deben ser manifestación directa de una respuesta efectiva del Derecho del Trabajo en la ordenación de los mercados laborales.

(11) La atención a los intereses de los trabajadores frente a la revolución tecnológica necesita de la garantía de una participación sindical efectiva. Ello supone reforzar los derechos de información consulta y, en general, los mecanismos de representación en las empresas. El proceso de cambio tecnológico demanda una mejor gestión colectiva del trabajo y una respuesta anticipada a los problemas sobrevenidos. Es preciso poner en el centro del debate el papel de la negociación colectiva en relación a la eficacia de los nuevos derechos digitales y su aplicación en el ámbito laboral. Al respecto, véase la Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos sobre digitalización "Towards fair digital work", adoptada en el comité ejecutivo de 8-9 de junio de 2016.



preciso promocionar legalmente garantías de refuerzo de la representación colectiva ante el desarrollo del trabajo digital.

Se trata, pues, de proveer un necesario equilibrio de intereses entre las partes en atención a los cambios producidos en los procesos productivos. De igual modo, está presente la propia tutela del interés general y de la justicia social, que forman parte consustancial de los rasgos de identidad del Derecho del Trabajo⁽¹²⁾. Como no puede ser de otro modo, conviene señalar que la respuesta del Derecho tiene que responder a una acción universal. De este modo, se ha venido manteniendo la necesidad de conformar un nuevo contrato social frente a las transformaciones ligadas al cambio tecnológico. Esta situación está dando lugar a la demanda de una nueva intervención en los distintos ámbitos de regulación internacional y nacional, resaltando la gran importancia del diálogo social y de la negociación colectiva en la garantía de los derechos fundamentales consagrados por las principales declaraciones internacionales⁽¹³⁾ y por las propias constituciones nacionales.

Evidentemente, la protección de los intereses vitales de las personas trabajadoras en el proceso de revolución tecnológica presupone considerar que la digitalización y la inteligencia artificial no pueden desarrollarse libremente y sin intervenciones legales en el ámbito laboral. Como sabemos, dicho presupuesto ha sido contemplado expresamente en la normativa del Consejo de Europa y de la Unión Europea⁽¹⁴⁾. El cambio tecnológico necesita de una mínima intervención normativa para conseguir un punto de equilibrio entre los intereses de las partes en conflicto. Se trata de intereses que están claramente confrontados y que están en sintonía con la relación antagónica existente entre el capital y el trabajo por cuenta ajena.

5. La desnaturalización de los límites legales al tiempo de trabajo y la salud laboral

Tradicionalmente, la limitación del tiempo de trabajo, como garantía de la salud laboral, ha sido un pilar de la acción

protectora del Derecho del Trabajo. Dicha relación permanece presente ante las transformaciones derivadas del trabajo digital. La intensificación del trabajo derivado de los procesos de digitalización da lugar a la utilización de instrumentos y medios tecnológicos que propician un aumento del ritmo de trabajo. Este factor tiene consecuencias directas en la salud laboral de las personas trabajadoras, que se manifiesta esencialmente en el estrés y en el cansancio derivado de una carga de trabajo inadecuada y que no se puede controlar.

Con todo, dichas manifestaciones se deben en última instancia a una inadecuada organización del trabajo. Esto se debe a que la flexibilidad laboral que permiten las tecnologías digitales, bien empleadas, facilitarían una mejor gestión del tiempo de trabajo en beneficio de las personas trabajadoras. Ello podría dar lugar a una mayor capacidad de los trabajadores de elegir y de determinar la ejecución de su horario de trabajo. Esta idea permitiría adecuar racionalmente el tiempo de trabajo desde el punto de vista de la adaptación de la carga laboral a sus posibilidades reales, con el evidente resultado positivo desde el punto de vista de la salud laboral⁽¹⁵⁾. El objetivo no es otro que intentar desincentivar, en virtud de la flexibilidad del tiempo de trabajo digital, el recurso a las jornadas de trabajo irregulares e impredecibles, que tan perjudicialmente afectan a la salud de los trabajadores.

La normativa en materia de prevención de riesgos laborales, tanto nacional como internacional, resulta ciertamente insuficiente para garantizar la salud laboral frente al

- (12) Evidentemente, esta necesaria tutela del interés general está ciertamente conectada con la propia protección específica que el Derecho debe de proveer a aquellas personas que se encuentran en una posición de inferioridad en la defensa de sus intereses. Esta situación de desprotección laboral sucede especialmente en el caso de la posición de los trabajadores frente a las transformaciones tecnológicas del trabajo digital. Sobre el despliegue de la acción protectora del Derecho del Trabajo frente a las transformaciones del trabajo en virtud de la innovación tecnológica (Goerlich Pesset, 2019, p. 8; García Murcia, 2020, p. 9; Cruz Villalón, 2017, p. 27).
- (13) En ese sentido, destaca igualmente la respuesta a esta necesidad de cambio desde la legislación internacional en materia de protección de los derechos humanos. Sin duda, el derecho al trabajo, como derecho humano, se encuentra ciertamente condicionado por este nuevo contexto de aplicación de la revolución tecnológica (Gofí Sein, 2019, pp. 63-67).
- (14) Concretamente, nos referimos al Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2024 y al Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, que establece normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.
- (15) Esta situación genera problemas específicos en el ámbito de la salud laboral y tiene una manifestación directa en los riesgos psicosociales de las personas trabajadoras. Ello da lugar a nuevas situaciones de estrés laboral y de ansiedad, con evidentes síntomas de fatiga, a efectos de aislamiento, trastornos musculoesqueléticos, alteraciones en el sueño, etcétera (Rodríguez Escanciano, 2021, pp. 13-14).



uso intensivo de la tecnología de la información y de la comunicación en los procesos productivos⁽¹⁶⁾. Ciertamente, este desajuste deriva del avance imparable del cambio tecnológico, que evoluciona a un ritmo mucho más rápido que la actualización de la normativa. Esto crea un desfase entre los riesgos emergentes y las medidas preventivas establecidas. De igual modo, el uso intensivo de la innovación tecnológica ha generado nuevos riesgos psicosociales, como el tecnoestrés, la fatiga digital y la falta de desconexión laboral. Estos riesgos no están completamente abordados en la normativa actual.

Se están produciendo nuevos riesgos laborales, manifestándose en situaciones potencialmente peligrosas, que dan lugar a riesgos emergentes en la seguridad y la salud de los trabajadores⁽¹⁷⁾. Dichos riesgos se asocian a las tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo. Por ello, se necesita una correcta aplicación del tiempo de trabajo y de descanso, garantizando así un interés recíproco de satisfacción de la seguridad y salud en el trabajo. Todo ello sin prescindir del necesario uso de las innovaciones tecnológicas en el interés productivo de las empresas y, a su vez, uso racional de la tecnología para evitar que el cansancio laboral disminuya la motivación y aumente la fatiga en detrimento de los índices de productividad laboral.

Como hemos indicado, existe una relación directa entre la mayor autonomía en el trabajo y los aumentos en la intensidad de la actividad laboral. Ello supone que, en muchas ocasiones, la introducción de la innovación tecnológica en el trabajo pueda producir efectos negativos en la salud de los trabajadores. Estos efectos se manifiestan en signos evidentes de fatiga y aumento de la ansiedad, sin olvidar la mala gestión del tiempo de trabajo, que genera un presencialismo virtual, como sucede en el caso del trabajo a distancia, así como en el trabajo móvil⁽¹⁸⁾.

En este sentido, se ha destacado la importancia que tienen en el trabajo digital los factores biomecánicos, organizativos

y de naturaleza psicosocial. Dichos factores repercuten de forma transversal en la salud laboral y necesitan del diseño de una nueva planificación preventiva. Esta política preventiva debe traducirse en la adopción de medidas de prevención específicas, dirigidas a compensar los nuevos riesgos laborales ligados al trabajo digital⁽¹⁹⁾.

La evolución de las tecnologías digitales y su incidencia en los cambios organizativos en las empresas repercuten y guardan relación directa con la prevención de los riesgos laborales de las empresas. Dicha revisión permite adaptar la tecnología digital en su aplicación y, a su vez, obtener los mayores beneficios posibles de dicha gestión desde el punto de vista del fomento de la salud laboral. Existe, pues, una relación directa entre los programas de prevención de riesgos laborales y la gestión de las tecnologías digitales.

Este objetivo supone la necesidad de reorientar la gestión de los riesgos laborales en las empresas y formar a los profesionales técnicos en materia preventiva ante los nuevos riesgos derivados de la aplicación de las innovaciones tecnológicas. Asimismo, se requiere una nueva reorientación de la formación preventiva de los trabajadores, en clave del fomento de la salud laboral, en virtud de un comportamiento responsable ante el uso de la tecnología en el trabajo.

Desde el punto de vista de la salud en el trabajo, igualmente es preciso sacar el

(16) Téngase en cuenta las siguientes disposiciones normativas. En primer lugar, destacan los convenios y recomendaciones que los países pueden ratificar, especialmente, el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y el Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. En el ámbito de la Unión Europea es preciso referirse a la Directiva Marco 89/391/CEE sobre la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, así como al Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, específicamente se aplica la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, reguladora de la prevención de riesgos laborales en España y el Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997) y el Reglamento de las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (Real Decreto 486/1997).

(17) Por ejemplo, el teletrabajo ha ganado mucha relevancia, especialmente después de la pandemia de la Covid-19 y ha planteado nuevos desafíos en términos de prevención de riesgos laborales (Arrieta Idiákez, 2021, pp. 5-6).

(18) Para mayor información, véase "Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age, new forms of employment series", de Eurofound (2020a).

(19) En este sentido, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo ha insistido en la necesidad de reorientar la política de prevención de riesgos laborales en el ámbito del trabajo digital. Sin duda, los factores biomecánicos, organizativos y psicosociales influyen determinadamente en el estado de salud laboral de las personas trabajadoras. De ahí la necesidad de adecuar la política de prevención de riesgos laborales en la empresa en función de la evolución de las técnicas digitales y de los cambios organizativos. Sobre ello, véase "New forms of work in the digital era: implications for psychosocial risks and musculoskeletal disorders", de European Agency for Safety and Health at Work (27 de julio de 2021, pp. 15-16).



máximo partido a la digitalización, especialmente ante las nuevas formas de trabajo a distancia y remoto. Es posible la ordenación del tiempo de trabajo dirigido a conseguir beneficios directos en el trabajo de las personas, desde el punto de vista de la salud laboral. Ello significa satisfacer correlativamente el interés de las empresas de conseguir una mayor eficiencia y productividad de sus recursos humanos, así como el interés de los trabajadores de tener cuotas de gestión autónoma de su tiempo de vida.

Por ello, es preciso limitar los riesgos laborales relativos a la prolongación de la jornada de trabajo, con efectos en la fatiga, el aislamiento y el estrés laboral. Evidentemente, todo ello dependerá de la modalidad de trabajo, así como del sistema de organización y de la propia intensidad en el uso de las herramientas digitales.

Esta situación está llamada a ser limitada por la acción de la normativa específica en materia de prevención de riesgos laborales, así como por una adecuada ordenación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva. El contexto de incidencia de la digitalización en la salud laboral requiere de un buen uso de las innovaciones tecnológicas en busca de un beneficio equilibrado entre trabajadores y empresas. Este objetivo ha sido atendido especialmente por las nuevas legislaciones en materia de trabajo a distancia y teletrabajo, e igualmente ha sido uno de los ejes en la regulación del trabajo en las plataformas digitales, buscando una adecuada protección jurídico-laboral.

En ese sentido, debemos destacar un principio esencial en la materia, que se refiere al reconocimiento del principio de igualdad de derechos entre trabajadores presenciales y teletrabajadores, así como la aplicación de nuevos dispositivos de control del trabajo y de la jornada laboral. De igual modo, es preciso adecuar el derecho a la desconexión digital en el contexto empresarial de aplicación, facilitando el interés de disfrutar del derecho efectivo a estar desconectado⁽²⁰⁾.

6. La intervención normativa en materia de tiempo de trabajo: la necesidad de contener la devaluación de las condiciones de trabajo y empleo

El desarrollo tecnológico y su incorporación al trabajo digital está dando lugar a profundos desequilibrios en las relaciones de trabajo. Entre sus muchas implicaciones, la prolongación del tiempo de trabajo y su propia difuminación a efectos de ejecución del contrato de trabajo origina nuevas manifestaciones de la precariedad laboral. En este sentido, podemos decir que las nuevas situaciones de precariedad laboral y sus efectos desde punto de vista de la pobreza, trascienden evidentemente de los intereses puramente económicos.

En esta línea, el tiempo de trabajo determina directamente la devaluación del estatus laboral y la precariedad en el propio empleo. El recurso a las tecnológicas de la información y de la comunicación y la innovación digital permiten una organización elástica del tiempo de trabajo, que se suma al marco legal de referencia, que estimula la ordenación del tiempo de trabajo debilitando los márgenes de acción de los límites al tiempo de trabajo.

Actualmente, se está produciendo un aumento acusado de la ordenación flexible del tiempo de trabajo. Prevalece más el resultado o la propia satisfacción del interés

- (20) Sobre la necesidad de promover el derecho a estar desconectado y sus efectos en el ámbito laboral europeo, véase “Eurofound, Right to disconnect in the 27 EU Member States”, de Eurofund (2020b) y “Publicaciones Oficiales de la Unión Europea”, de UE (2020, pp. 63-64). Desde el punto de vista de la orientación jurídica del desarrollo de los medios de control para asegurar el derecho efectivo a estar desconectado, véase “Grande accélération et droit à la déconnexion” de Jean Ray (2016, pp. 913-914); “Teletrabajo y tiempo de trabajo efectivo: desconexiones digitales involuntarias impeditivas del trabajo y derecho a la desconexión digital por motivos fisiológicos (“derecho del lavabo)”, de María Casas Baamonde (2024, pp. 907-909); y “Tiempo de desconectarse: reflexiones sobre un nuevo derecho con viejos contenidos”, de Guillermo Boza Pró y Joaquín Briones Zegarra (2023, pp. 93-95).
- (21) Se trata de un proceso de precarización del estatuto laboral de los trabajadores, en la medida que incide en un aspecto esencial de la relación laboral, como es el tiempo de trabajo. Este efecto se ha constatado incluso por la propia jurisprudencia, advirtiendo en sede jurisdiccional la deriva aplicativa que está teniendo en la práctica la aplicación del tiempo de trabajo. Al respecto, véase Auto del TS (Social) de 14 julio de 2021 (JUR 2021, 248997). Sobre la precarización laboral como fenómeno que afecta negativamente a las condiciones de trabajo y a los derechos laborales de los trabajadores y que se refleja especialmente en el tiempo de trabajo, véase Arrieta Idiakez (2022, pp. 148-149).



en la ejecución de los servicios o las tareas contratadas, que la necesidad de promoción de la salud laboral y de la conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo. Como decimos, este objetivo ligado al fomento de la digitalización conduce a la realización tendencial de un tiempo de trabajo superior al contemplado legalmente, en aplicación de la limitación legal o convencional de la jornada de trabajo⁽²¹⁾.

Esta desvirtualización del tiempo de trabajo se fomenta igualmente en un contexto en el que la precariedad laboral aboca al desarrollo de modalidades contractuales precarias. La devaluación del factor tiempo de trabajo permite contratar mediante contratos de duración determinada o a tiempo parcial, sin importar la dimensión de la jornada laboral, puesto que lo relevante es la ejecución del servicio o la realización de la obra encomendada.

Así, podemos destacar la presencia de contratos temporales, o el recurso del trabajo a tiempo parcial marginal, así como otras fórmulas de contratación precaria. Ello sucede con los contratos de cero horas o con la contratación de trabajos a demanda. Estas fórmulas de trabajo precario son un ejemplo del aumento de la precariedad laboral, aunando las implicaciones de contratación y tiempo de trabajo.

Conviene justificar estas afirmaciones, teniendo en cuenta que, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, la prevalencia de los contratos temporales y de otras formas de contratación precaria contribuyen significativamente a la precariedad laboral. Esta tendencia afecta tanto a la estabilidad económica como a los derechos laborales de los trabajadores.

Igualmente, todo ello tiene un efecto directo en la protección social, en tanto en cuanto el desarrollo de las jornadas de trabajo, que exceden del tiempo permitido a efectos de ejecución de contrato de trabajo, supone una menor cotización al sistema público de Seguridad Social. Esta situación afecta, como decimos, a las aportaciones de los trabajadores a la Seguridad Social, suponiendo una vía de elusión de las obligaciones en materia de aseguramiento y, por otro lado, reduce la protección social de los trabajadores afectados al no cotizarse por el salario que debería de corresponder en atención a la jornada efectivamente realizada.

Conviene destacar que estos supuestos de superación del tiempo de trabajo pueden presentarse como un complemento al tiempo ordinario y, por tanto, suele no estar remunerado a efectos laborales. Evidentemente, se trata de una reflexión general, puesto que será preciso tener en cuenta las diferentes modalidades de trabajo digital. En cualquier caso, dicha

tendencia perniciosa evidencia un estado de empeoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de las personas trabajadoras a distancia, así como de aquellos empleados que prestan servicios digitales móviles. Esta situación conlleva generalmente unas condiciones de trabajo peores que las disfrutadas por los empleados presenciales⁽²²⁾.

Desde esta perspectiva, la posibilidad de trabajar más tiempo fuera de las instalaciones de la empresa en virtud del uso de la telemática tiene un efecto de generar tiempo suplementario a la jornada laboral ordinaria. En muchos casos, dicho tiempo puede no ser compensado ni con tiempo de descanso, ni con un incremento salarial en virtud de las horas extraordinarias. Por otro lado, dichas situaciones evidencian claros efectos en la propia organización de la actividad laboral, así como en el propio rendimiento del trabajador individualmente considerado.

Se trata, pues, de una tendencia al aumento de las horas de trabajo, y que impide el desarrollo de las debidas interrupciones en el trabajo en beneficio de los trabajadores. Por otro lado, esa mayor actividad y las posibilidades de autonomía, que permiten las nuevas tecnologías, debería redundar en la compatibilidad del trabajo con otras actividades personales, muy especialmente con las responsabilidades familiares.

Existe una relación evidente entre el rendimiento del trabajador y el beneficio adicional que consigue la empresa, especialmente debido a la reducción de los costes laborales. No obstante, la autonomía que permiten las nuevas tecnologías debe ser igualmente utilizada, de forma equilibrada, aunando los beneficios de la empresa y los intereses personales de las personas trabajadoras. El aumento del tiempo de trabajo y su posible afectación a los períodos de descanso tiene un efecto desincentivador del propio rendimiento, que desciende según se prolonga el horario de trabajo. Ello significa que igualmente la incorporación

(22) Efectivamente, el gran reto en esta materia es atender la tendencia del empeoramiento en las condiciones de vida y de trabajo. Es decir, garantizar un modelo estable y protegido de trabajo a distancia o móvil, que siga observando el canon jurídico laboral de protección (García Murcia, 2020, pp. 35-36). Ello demuestra la necesidad de seguir aplicando de forma extensiva los límites de derecho necesario relativos a la ordenación del tiempo de trabajo (Alarcón Caracuel, 2008, p. 35).



de la digitalización al trabajo debe estar bien gestionada y ordenada en clave de equilibrio entre los intereses en juego, que concurren de forma antagónica en el contrato de trabajo⁽²³⁾.

Ciertamente, son muchos los retos y los desafíos que se presentan ante la digitalización en las relaciones laborales. En la actualidad, uno de los ámbitos de mayor análisis se refiere a los efectos del trabajo a distancia en los sistemas de trabajo y en la aplicación de nuevas condiciones de trabajo y empleo. Dichas reflexiones se refieren a aquellos trabajadores a distancia que utilizan instrumentos digitales y herramientas tecnológicas, pudiéndose generalmente sintetizar dichas reflexiones en que estos trabajadores tienden a desarrollar un mayor tiempo de trabajo. Esta prolongación del tiempo de trabajo se debe al distanciamiento con la empresa, así como por la propia decisión del trabajador, en su propósito de cumplir con una carga de trabajo o alcanzar una expectativa determinada que pueda favorecerle profesionalmente.

7. La inseguridad en la aplicación del tiempo de trabajo

Actualmente, existe un contexto relativo a la inseguridad en la aplicación del tiempo de trabajo, que afecta tanto la dimensión cuantitativa como cualitativa de la ordenación jurídica de la jornada de trabajo, así como al cumplimiento del tiempo de descanso. La situación dificulta sobremedida la necesidad de determinar la cantidad, así como la distribución de la prestación laboral, que son dimensiones esenciales de la ejecución del contrato de trabajo.

La flexibilidad laboral proporcionada por la aplicación de las tecnologías digitales, así como por el desarrollo de nuevas formas de trabajo, se presenta como presupuesto de dicho proceso. Esto supone un riesgo evidente al propio cumplimiento

de la legislación laboral y a la demanda de la necesaria intervención del Derecho del Trabajo. La finalidad es revertir el profundo desequilibrio que se produce en la relación laboral y el abuso en la determinación de la prestación de trabajo, que en muchas ocasiones son manifestación directa del fraude laboral.

La variable tiempo de trabajo se presenta como un factor esencial para determinar la precariedad en el trabajo. Existen determinadas situaciones que, por traspasar los límites legales del tiempo de trabajo, se convierten en supuestos de fraude de ley. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, (i) al recurso a las jornadas laborales difusas, (ii) la determinación irregular e injustificada del tiempo de trabajo, (iii) la imprecisión a la hora de calcular las horas de ejecución de la prestación de servicios, (iv) el recurso a los contratos a tiempo parcial involuntarios⁽²⁴⁾ y (v) cuando realmente se produce un exceso de tiempo de trabajo⁽²⁵⁾.

De igual modo, conviene tener en cuenta los supuestos de reducción de la jornada de trabajo previstas legalmente, que tienen que ser controladas en su cumplimiento desde el punto de vista de su ejecución real. El recurso a las amplias posibilidades de gestión flexible del tiempo de trabajo supone, en definitiva, un contexto que incide perjudicialmente en las condiciones de trabajo y de vida de las personas trabajadoras. A ello

- (23) A efectos de profundizar en el reequilibrio de los intereses presentes en la incorporación de la digitalización al trabajo, especialmente en relación a las variables aumento de la productividad y autonomía laboral, véase "Working anytime, anywhere: The effects on the world of work", de Eurofound (2017). A propósito de la función reequilibradora de las normas laborales desde el punto de vista del tiempo de trabajo y su proyección en el empleo digital, véase "Tiempo de trabajo y economía digital: limitación del tiempo de trabajo y garantía del descanso laboral", de José López Ahumada (2023, pp. 22-26); y "La búsqueda del equilibrio en la ordenación jurídica del tiempo de trabajo", de Dulce Cairós Barreto (2021, pp. 7-9).
- (24) Sin duda, el contrato a tiempo parcial ha sido calificado como presupuesto contractual que formalmente contempla un trabajo más reducido, pero que por aplicación del trabajo digital permite la superación de las jornadas laborales pactadas. Se trata de una situación que puede afectar tanto a la contratación a tiempo parcial, así como a los supuestos de reducciones de jornadas de trabajo. Estamos ante unos supuestos especialmente señalados desde el punto de vista de su incidencia en el tiempo de trabajo en los procesos de digitalización de la actividad productiva. En este sentido, se ha indicado que estaríamos ante una manifestación de subordinación, que necesita especialmente de la garantía de condiciones de trabajo dignas, especialmente en materia de tiempo de trabajo (Tascón López, 2017, pp. 131-155; Fotinopoulou Basurko, 2021, pp. 6-7). Por ello, se ha constatado que la flexibilidad extrema de la regulación laboral permite estas consecuencias y, por otro lado, se suma al ya citado aumento de la precariedad. Dicha combinación de factores potencia los riesgos psicosociales y se conjuga con salarios a la baja, que permite introducir la imprevisibilidad en la aplicación de las horas de trabajo.
- (25) Para un análisis de la relación existente entre la precariedad derivada de la inobservancia de los límites legales a la jornada de trabajo y el fraude laboral, véase "La precariedad en el empleo en España: apuntes sobre sus principales condicionantes jurídicos", de Helena Ysàs Molinero (2021, pp. 61-62), y "El ordenamiento jurídico laboral frente la nueva era de inseguridad, incertidumbre y falta de garantía en las actuales condiciones de trabajo", de Carlos Martínez Mateo (2024, pp. 33-35).



se une la propia carga de trabajo y la situación de sujeción permanente a las demandas de la empresa, que supone una adaptación constante del tiempo de trabajo a las necesidades empresariales.

En la práctica, se produce la combinación de distintas variables. La propia regulación legal concede facultades a la empresa determinación y distribución de la jornada de trabajo en condiciones de flexibilidad. El uso de estas técnicas de ordenación del tiempo de trabajo y la adaptación a las necesidades empresariales, se conjuga con el desarrollo de nuevas modalidades de prestación de trabajo.

Estas nuevas fórmulas de empleo se encuentran promocionadas legalmente y permiten su aplicación de forma unidireccional por parte de la empresa, sin tener en cuenta otros intereses presentes ligados a la limitación de la jornada con la garantía del descanso y el respeto de la vida privada de las personas trabajadoras. A su vez, el propio proceso de digitalización se ha desarrollado con la finalidad de desarrollarse sin atender a los parámetros legales de limitación del tiempo de trabajo.

Por otro lado, la flexibilidad interactúa con una ausencia determinación concreta de la aplicación del tiempo de trabajo. En este sentido, las condiciones de tiempo de trabajo se desarrollan con un elevado índice de imprevisión, como se manifiesta en el contrato a demanda o en el trabajo de cero horas, especialmente representado por la ausencia de cualquier referencia al tiempo de trabajo y de descanso⁽²⁶⁾. Se trata de nuevas formas de empleo que se caracterizan por un desconocimiento casi absoluto por parte del trabajador de cuándo comienza y cuándo termina su jornada laboral.

La distribución flexible del tiempo de trabajo puede favorecer esas situaciones de indeterminación del comienzo y fin de la jornada laboral. Por ejemplo, en nuestra legislación se encuentra reconocida la posibilidad de anualizar el cómputo de la jornada máxima legal y proceder a su distribución irregular (artículo 34.2 ET). Efectivamente, se trata de una situación en

la que dicho margen puede ser utilizado para difuminar los límites del tiempo de trabajo. Sin embargo, estos límites son necesarios y se conforman legalmente como mínimos de derecho imperativo.

Es cierto que los límites de la jornada son flexibles. No obstante, los períodos de descanso deben interpretarse y aplicarse de forma estricta. Los descansos actuarían como garantía esencial de la salud laboral, en concreto, nos referimos a los descansos dentro de la jornada, diario o entre jornadas, descanso semanal y las vacaciones anuales. Estos descansos actúan verdaderamente como límites rígidos a la ordenación flexible del tiempo de trabajo⁽²⁷⁾.

Uno de los grandes problemas que plantean estas nuevas formas de trabajo es su desarrollo desde el punto de vista global. El desarrollo del trabajo transnacional supone ciertamente una manifestación que puede huir de los controles jurídico-laborales nacionales, sin que importe en muchos casos la legislación laboral del lugar de referencia.

En este sentido, la globalización económica y el desarrollo de actividades de forma transnacional por parte de las empresas multinacionales actúan en clave de desarrollo de estas formas de trabajo atípicas. De este modo, el propio modelo de desarrollo económico permite exportar estas formas de trabajo, como modelos de contrato de trabajo flexibles, que pueden aplicarse prescindiendo de las limitaciones legales en virtud de la flexibilidad laboral.

(26) El contrato de cero horas supone evidentemente una manifestación de clara inobservancia de los límites al tiempo de trabajo y de la garantía del descanso. En ese sentido, se ha apuntado que este contrato de cero horas supone una manifestación de precariedad laboral desde la perspectiva del tiempo de trabajo. Esta afirmación se basa esencialmente en la condición de incertidumbre, a la que se unen otros factores como son los bajos ingresos económicos que perciben los trabajadores y su incidencia adversa en la consolidación de prestaciones sociales (Vosko, 2010, pp. 2-4). En efecto, el contrato de cero horas ha suscitado un importante debate doctrinal, especialmente en Europa. Esta modalidad de trabajo ha sido especialmente utilizada en Irlanda y el Reino Unido y ha dado lugar a importantes situaciones de conflictividad relacionadas con el reconocimiento de situaciones de empleo de baja calidad (Esteve Segarra, 2018, pp. 39-40). Por otro lado, el recurso a esta forma de trabajo tampoco ha supuesto un importante avance desde el punto de vista de la creación de empleo. Por ello, esta situación plantearía más problemas que ventajas, especialmente en atención a la posible inobservancia de la regulación laboral en materia de tiempo de trabajo.

(27) Con carácter general, conviene indicar que existe una deriva hacia la aplicación de la ordenación irregular del tiempo de trabajo. Esta situación supone una tendencia peligrosa hacia las posibilidades de incumplimiento de los deberes legales de las empresas. El desarrollo del tiempo de trabajo en clave de indeterminación de la aplicación de la jornada supone efectivamente el propio incumplimiento del contrato del trabajo. Dichos incumplimientos tienen que dar lugar a la intervención del Derecho del Trabajo, desde el punto de vista de la vigilancia de la aplicación adecuada de sus normas de orden público.



De igual modo, la inobservancia del tiempo de trabajo se puede manifestar en el ámbito de la economía a través de la contratación de trabajadores bajo el trabajo a demanda. Estas situaciones se han desarrollado especialmente en los países anglosajones, como el Reino Unido e Irlanda, donde los márgenes de flexibilidad laboral son mayores respecto del modelo continental de tiempo de trabajo⁽²⁸⁾.

En estas situaciones, incluso, se puede producir el recurso al trabajo independiente, mediante la prestación de servicios a través de las empresas que utilizan las plataformas digitales y sus efectos desde el punto de vista de la falta de reconocimiento de los derechos laborales. Este recurso a los prestadores de servicios independientes puede conducir a la inaplicación del tiempo de trabajo, pudiendo, en su caso, eludir la propia aplicación del Derecho del Trabajo.

La clave está en determinar si estos prestadores de servicios independientes tienen plena libertad de determinar el volumen, así como el momento de desarrollo de su trabajo. Estaríamos ante un aspecto esencial desde la propia aplicación de los presupuestos de laboralidad del artículo 1. 1 del ET. Con todo, se plantea en España la aplicación de la ley de plataformas digitales, que ha venido a reconocer el vínculo laboral de los repartidores a través de las plataformas digitales⁽²⁹⁾, cuando se desarrolla a través de un modelo de subordinación laboral⁽³⁰⁾. La incógnita está en determinar si la proximidad de este modelo con los contratos de trabajo a llamada o a cero horas puede suponer en el ámbito de las plataformas digitales el fomento de la indeterminación del tiempo de trabajo y de su control a través de estas fórmulas de empleo atípicas.

Como decimos, estas modalidades de trabajo tienen una clara indeterminación de la jornada laboral, pudiéndose

desarrollar a través de distintos tipos de trabajo y en función de diversos estatutos de protección jurídico-laboral. Podrían desarrollarse bajo la modalidad del trabajo independiente o bien en virtud de una relación jurídico laboral, incluyendo algunas formulas especiales, como sucede en el caso de la prestación de servicios a través de la fórmula de las sociedades cooperativas de trabajo asociado. En cualquier caso, siempre estará presente la estricta observancia de los presupuestos de laboralidad del artículo 1.1 del ET.

Ciertamente, en la práctica será más común el desarrollo de estos contratos a cero horas en virtud del trabajo independiente, precisamente por intentar eludir los costes laborales y la protección jurídico laboral. Sin embargo, en ningún caso se podrá recurrir a estas fórmulas de trabajo con la intención de emplear y de subordinar a los prestadores de servicios, sin haberles reconocido su preceptivo estatuto laboral.

En cualquier caso, conviene destacar la expansión dinámica de estas fórmulas debido a los procesos de digitalización, como circunstancia que nos obliga a revisar y a analizar periódicamente la aplicación de los presupuestos de laboralidad⁽³¹⁾. Los contratos de prestación de servicios, sin determinación de horas mínimas, suponen una fórmula

(28) Esta confusión se ha producido especialmente en los países anglosajones, como ocurre en el caso del Reino Unido e Irlanda. Como hemos indicado, se trata de modelos en los que se ha desarrollado intensamente las plataformas digitales y donde no hay por imperativo legal una obligación tasada de determinación del número de horas de trabajo. Estas modalidades de contrato de trabajo, con ausencia de horas, "*in and when*", supone la ausencia de determinación de la dimensión cuantitativa de la jornada de trabajo. Por su parte, el trabajador no se encuentra obligado contractualmente a permanecer disponible permanentemente para la empresa. En relación al debate planteado en los países anglosajones, véase "The 'Zero-Hours Contract': Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?", de Abi Adams, Mark Freedland y Jeremias Prassi (2015, pp. 3-5), y "The Role of the State in Shaping Zero Hours Work in an Atypical Liberal Market Economy" de Michelle O'sullivan et al. (2020, pp. 652-671).

(29) Distintas disposiciones normativas han buscado proteger los derechos laborales de los trabajadores de plataformas digitales, especialmente aquellos supuestos dedicados al reparto. Al respecto, véase el Real Decreto-Ley 9/2021, por el que se modificó el texto refundido del ET, así como posteriormente la Ley 12/2021 del 28 de septiembre, por la que se modifica el ET en materia de trabajadores de plataformas digitales. Igualmente, podemos citar la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que ha sido fundamental para la contratación y gestión de empleados en plataformas digitales.

(30) Como sabemos, los propios tribunales de justicia han confirmado que las plataformas no son meros intermediarios tecnológicos, que vendrían a limitarse exclusivamente a relacionar a los clientes con los prestadores de servicios. En caso contrario, se estaría produciendo una huida del Derecho del Trabajo y con ello se estaría fomentando la posibilidad de determinar trabajos sin jornada. Al respecto, véase STS (Social) de 25 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 5169). STS (Social) de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 824).

(31) Ciertamente, se plantean distintos problemas con relación a estas situaciones conflictivas, si comparamos sus presupuestos con la naturaleza jurídica del modo de trabajo, como fórmula de empleo estable y seguro. Sin duda, el contrato de trabajo sigue siendo el estándar de referencia respecto de estas fórmulas de atipicidad.



precaria de empleo, en la medida en que (i) desplazan al trabajador los riesgos y (ii) no aseguran un ámbito de tiempo dedicado al descanso, al ocio y a la vida privada. En definitiva, estas modalidades de trabajo desplazan al trabajador el conjunto de los riesgos desde el punto de vista de la inseguridad en el tiempo de trabajo y paralelamente afectan a sus intereses económicos y vitales de desarrollo personal.

La inseguridad en la aplicación del tiempo de trabajo no se debe única y exclusivamente a la propia flexibilidad de las modalidades de contratación empleadas. Igualmente, tiene una importancia esencial la organización flexible de la actividad, que representa inevitablemente un contexto de inestabilidad organizativa manifestada en el tiempo de trabajo. Esta situación genera una falta de correspondencia entre el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado al descanso y a la vida privada en general. Es decir, dicha afectación en el tiempo de trabajo repercutiría inexorablemente en el tiempo de vida de las personas trabajadoras, afectadas por una excesiva imprevisibilidad y por una manifestación variable de la jornada de trabajo.

En estos supuestos, la jornada de trabajo no se encuentra predeterminada de forma expresa, si no que se va ejecutando y concretando en función de las necesidades del proceso productivo en períodos temporales diarios, semanales, mensuales o, incluso, anuales⁽³²⁾. Esta situación se ve especialmente favorecida en virtud de la aplicación del régimen legal de contratación a tiempo parcial, que se presenta como una fórmula que facilita la organización flexible y la reducción de costes laborales desde la perspectiva de la organización del tiempo de trabajo⁽³³⁾.

En este contexto, están presentes los recursos que permiten atender unidireccionalmente al interés empresarial de adaptar

la organización del tiempo de trabajo en función de las oscilaciones de la producción. Asimismo, estas situaciones se basan en muchos casos en el ahorro de los costes laborales. Con todo, esta indeterminación del tiempo de trabajo plantea problemas desde la perspectiva de la salud laboral y repercute en las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Esta situación se aprecia claramente en el ámbito del contrato a tiempo parcial. En dicha modalidad contractual se puede recurrir al uso flexible de las horas contratadas y ello puede impedir el efectivo interés de conciliar la vida laboral con la vida personal y familiar.

Este escenario se encuentra especialmente penalizada cuando existen situaciones de pluriempleo a tiempo parcial. Es decir, cuando existen varios contratos a tiempo parcial, que son manifestación de la imposibilidad de esos trabajadores de poder tener una jornada a tiempo completo. Los trabajadores pueden verse obligados a tener varios contratos a tiempo parcial para poder aumentar sus ingresos económicos. Esta circunstancia puede afectar a otros intereses ligados a la salud laboral, a la vida personal y familiar, así como a otras motivaciones, como puede ser la posibilidad de desarrollar acciones formativas para aumentar su cualificación y sus expectativas de promoción profesional.

(32) Esta situación se encuentra fomentada por la organización irregular y por la distribución flexible de los períodos de trabajo y el descanso. Esta ordenación flexible se produce tanto desde el cómputo diario, como del semanal del tiempo de trabajo. Dicha situación, tiene efectos directos en el cómputo anual de la jornada laboral. La determinación de franjas amplias de horario de trabajo y la secuenciación de la prestación laboral sin un orden predeterminado, genera situaciones de precariedad laboral, que afectan a las condiciones de vida de las personas trabajadoras. Esto se produce especialmente en sectores altamente afectados por los procesos de digitalización, especialmente en aquellos en los que se trabaja en virtud de plataformas digitales.

(33) En este sentido, se ha destacado que la legislación española en materia de tiempo de trabajo, representada por su acusada flexibilidad, da lugar a importantes problemas de aplicación en el ámbito del trabajo digital. Ello se representa especialmente en la delimitación excesivamente flexible del contrato a tiempo parcial (Cabeza Pereiro, 2013, p. 94). Desde esa perspectiva, se apunta que la aplicación del contrato de trabajo a tiempo parcial contribuye a la perpetuación de situaciones de precariedad laboral, que en la práctica favorece la aplicación de jornadas no previsibles y con salarios insuficientes para las personas trabajadoras (Espín Sáez, 2015, pp. 151-154). Además, el contrato a tiempo parcial se presenta como una modalidad que dificulta las posibilidades de compatibilizar los trabajos con la vida privada de las personas. Estas situaciones se producen especialmente cuando se utiliza la contratación a tiempo parcial como un mecanismo flexible con relación a la organización del tiempo de trabajo. Ello puede dar lugar a un tipo de empleo que atiende al beneficio casi exclusivo del interés de la empresa y que presenta especiales desventajas y riesgos para las personas trabajadoras. Especialmente, un factor importante de inseguridad se presenta en la regulación de las horas complementarias (artículo 12.5 ET). Dichas horas complementarias permiten ampliar la jornada parcial por encima de las horas ordinarias contratadas, siendo el límite efectivo la propia jornada ordinaria, dada la imposibilidad actual de poder prestar horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial. El problema que plantea las horas complementarias se basa en la posibilidad de poder ir adicionando de forma independiente horas complementarias, que pueden ser, a su vez, distribuidas irregularmente con algunas posibilidades máximas de distribución flexible. Esto sucede, por ejemplo, con la posibilidad de distribuir irregularmente por cuenta de la empresa hasta un 10 por 100 de la jornada ordinaria en cómputo anual.



8. El necesario equilibrio entre el trabajo y la vida personal y familiar

Especialmente en materia de digitalización laboral, la flexibilidad en el tiempo de trabajo no guarda siempre una correspondencia directa con la conciliación entre la vida personal y laboral de las personas trabajadoras. El objetivo esencial es conseguir el denominado equilibrio entre la vida laboral y la vida privada -*work life balance*-. Dicho equilibrio vital se puede conseguir efectivamente en virtud de la flexibilización del tiempo de trabajo y es un aspecto esencial para la consecución de dichas políticas laborales en el ámbito de las empresas⁽³⁴⁾.

La forma adecuada de conseguir dicho objetivo es la promoción de mejores fórmulas de organización de la actividad laboral. De esta manera, se da lugar a un compromiso mayor por parte de los trabajadores con los objetivos de la empresa y que los empleados, a su vez, observen beneficios derivados de dicha fidelización empresarial⁽³⁵⁾.

La consecución del denominado *work life balance* permite satisfacer el interés de atención a la familia, así como el desarrollo de las actividades particulares y el propio desarrollo personal. Como decimos, ello se debe conseguir esencialmente en virtud de la reducción de los tiempos de presencialismo, desplazamientos y, en general, por el aumento del grado de autonomía a efectos de organizar el tiempo de trabajo.

En cualquier caso, conviene destacar que el aumento de la productividad no está relacionado necesariamente con el número de horas prestadas, sino que existen otros factores que permiten alcanzar la mejora en clave de productividad y permite una mejor gestión del tiempo de trabajo, buscando un balance entre los intereses de los trabajadores y de las empresas.

Con todo, en materia de conciliación de la vida personal como familiar y laboral existe un importante debate de fondo sobre la propia finalidad y orientación de las estrategias conciliadoras. Evidentemente, más allá de la conciliación

de la vida laboral con la esfera privada de las personas trabajadoras, es preciso avanzar hacia una conciliación responsable. Esta no debe relegar a la mujer a la labor exclusiva de cuidado familiar⁽³⁶⁾, lo que en la práctica supone la obligación de las mujeres trabajadoras de desarrollar las denominadas dobles jornadas. En efecto, este es un aspecto que no ha sido atendido adecuadamente por nuestra legislación, que sigue sin tener en cuenta el papel tradicionalmente asumido por la mujer desde el punto de vista de la atención a los cuidados familiares.

Precisamente, la legislación se ha ocupado de prever medidas de licencia o ausencia del trabajo, recursos utilizados generalmente por las mujeres trabajadoras, cuando realmente resulta más adecuado el fomento de las medidas de adaptación de la jornada desde el punto de vista del equilibrio entre la actividad profesional y la atención de la esfera privada de las personas, siendo conveniente su recurso corresponsable por parte de hombres y mujeres. Igualmente, desde esta perspectiva, no cabe duda de que la efectividad del derecho a la conciliación requiere igualmente de la observancia precisa del derecho a la desconexión digital.

En el ámbito del contrato de trabajo, es preciso igualmente tener en cuenta las necesidades y las preferencias individuales de los trabajadores. La principal consecuencia de este fenómeno se refiere a la discriminación de los límites del tiempo de trabajo. Con ello, se produce el solapamiento del tiempo de trabajo con el tiempo de vida personal

(34) A ello se une la dificultad de conseguir la tutela del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En este sentido, el procedimiento no llega a dar una protección adecuada, por ejemplo, en los casos de reducción de jornada por cuidado de hijo menor, sin que se aprecie una tutela adecuada que concrete una cuantía determinada a efectos del resarcimiento de daños y perjuicios. Al respecto, véase STSJ de Aragón (Social) de 3 de julio de 2019 (JUR 2019, 339646).

(35) Efectivamente, un mayor índice de productividad en la empresa debería conllevar un menor régimen de presencialismo y con ello una promoción de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. Desde esta perspectiva, se ha indicado que dicha orientación daría lugar a la reducción efectiva de los denominados derechos de ausencia en el trabajo (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 14).

(36) Con carácter general, es preciso seguir reafirmando el papel protector de la legislación laboral respecto del trabajo de la mujer en sentido amplio, dada su posición todavía precaria en el mercado de trabajo español y sobre la que sigue pesando con mayor intensidad la atención de las cargas familiares. Con todo, se puede igualmente apuntar, por ejemplo, la situación de las mujeres dentro de las parejas del mismo sexo, pues, podríamos destacar que la cuestión de género se difumina en estas parejas y se corre el riesgo de desproteger también a una de las dos personas. Esta difuminación de la cuestión de género en parejas del mismo sexo y el riesgo de desprotección se puede compensar por la aplicación del artículo 34.8 del ET, que se encarga de regular la adaptación de la jornada laboral para la conciliación de la vida familiar y laboral, y establece medidas para evitar la discriminación entre personas de uno y otro sexo. Desde esta perspectiva, se subraya la importancia de garantizar la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral, independientemente del género. En el contexto de las parejas del mismo sexo, es crucial que las políticas laborales consideren y protejan a ambas personas de manera equitativa, evitando cualquier forma de discriminación en el trabajo.



y familiar. Ciertamente, el gran reto consiste en poder conciliar ambos intereses y separar dichas esferas, sin que produzcan las interferencias entre el tiempo de trabajo y los periodos de descanso⁽³⁷⁾. Efectivamente, están presentes los intereses concurrentes de las personas trabajadoras, que se manifiestan en el descanso laboral y en la posibilidad de atender adecuadamente a su vida personal y familiar.

9. Conclusiones

La globalización y la digitalización también están impulsando cambios en la estructura del empleo, fomentando el crecimiento de nuevas formas de trabajo como el teletrabajo y el trabajo freelance. Estas modalidades ofrecen flexibilidad tanto para empleadores como para empleados, pero también presentan retos en términos de regulación del tiempo de trabajo y protección laboral. Es fundamental que la legislación evolucione para abordar las necesidades específicas de estos trabajadores, garantizando derechos como la desconexión digital, la gestión adecuada del tiempo de trabajo y la igualdad de condiciones laborales.

Además, la creciente interconexión global requiere una armonización de las normativas laborales a nivel internacional para asegurar que los derechos de los trabajadores sean respetados en todas las jurisdicciones. La adaptación a estos cambios debe ser proactiva y colaborativa, involucrando a todos los actores del mercado laboral para construir un entorno de trabajo justo y sostenible, donde se respete el equilibrio entre la vida laboral y personal.

La integración de las tecnologías digitales en el ámbito laboral ha transformado profundamente la gestión del tiempo de trabajo, desdibujando los límites tradicionales entre la jornada laboral y el tiempo personal. Este fenómeno plantea la necesidad urgente de adaptar la legislación laboral para proteger los derechos de los trabajadores en un entorno cada vez más digitalizado. Es esencial que las normativas evolucionen para garantizar la desconexión digital, la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y la igualdad de condiciones laborales. Solo a través de una legislación adaptada y proactiva se podrá asegurar un equilibrio justo entre la vida laboral y personal, promoviendo un entorno de trabajo sostenible y equitativo en la era digital.

Asimismo, la integración de las tecnologías informáticas y digitales en los procesos productivos influye directamente en la aplicación del Derecho del Trabajo. Este fenómeno está desdibujando los límites de la jornada laboral, dificultando así la garantía del derecho al descanso necesario. El constante

avance tecnológico afecta de manera general a las relaciones de producción y al modelo de trabajo. De esta manera, se altera profundamente la organización empresarial, repercutiendo inevitablemente en las condiciones laborales de los trabajadores. En este sentido, las empresas se ven obligadas a digitalizarse continuamente y a replantear sus estrategias en diversos ámbitos de la gestión de recursos humanos.

Es por ello que este contexto exige (i) la adaptación de la formación profesional, (ii) la valoración del trabajo, (iii) la cualificación, (iv) recualificación profesional, así como (v) la gestión del tiempo de trabajo. La jornada laboral es un factor crucial que impacta en la capacidad de producción y en la maximización del potencial de la plantilla de una empresa. Los cambios en la organización del trabajo y las adaptaciones a las circunstancias del mercado deben realizarse conforme a las previsiones legales vigentes.

Es decir, aunque el cambio tecnológico está vinculado a la libertad empresarial, está condicionado por la necesidad de garantizar la protección jurídico-laboral y el respeto a los derechos laborales fundamentales. La legislación laboral, por su parte, promueve el desarrollo y la adopción de innovaciones tecnológicas mediante una ordenación flexible del trabajo. Esto ofrece grandes oportunidades que las empresas pueden aprovechar para mejorar su competitividad. Sin embargo, es fundamental que las empresas consideren las limitaciones legales esenciales destinadas a proteger a los trabajadores.

Referencias bibliográficas

- Adams, A., Freedland, M. & Prassl, J. (2015). The 'Zero-Hours Contract': Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity? *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 148(4), 529-553. <https://doi.org/10.3280/gdl2015-148001>
- Alarcón, M. (2008). La jornada ordinaria de trabajo y su distribución. En J. Aparicio & J. López (Coords.), *Tiempo de trabajo* (pp. 33-55). Editorial Bomarzo.

(37) Sobre las acciones de clarificación del concepto de tiempo de trabajo y sobre la necesidad de evitar las interferencias entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, véase "Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age, new forms of employment series", de Eurofound (2020a).



Arrieta, F. (2021). Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: un reto jurídico a desarrollar más allá de la actual legislación post Covid-19. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (59). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8029578>

Arrieta, F. (2022). El trabajo ocasional como forma atípica de trabajo. Contextualización, tratamiento en España y propuesta de mejora. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 10(3), 143-179. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8586815>

Ballester, M. (2013). La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo. *Revista de Derecho Social*, (62), 53-92. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4320347>

Baylos, A. (2019). Economía digital y relaciones de trabajo. Un debate abierto. *Revista de Derecho Social*, 1(87), 8-11.

Boza, G. & Briones, J. (2023). Tiempo de desconectarse: reflexiones sobre un nuevo derecho con viejos contenidos. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1(37), 91-144. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2023.37.18541>

Cabeza, J. (2013). *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*. Editorial Bomarzo.

Cairós, D. (2021). La búsqueda del equilibrio en la ordenación jurídica del tiempo de trabajo. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (13). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7961664>

Calvo, F. (2016). Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo. *Creatividad y Sociedad: revista de la Asociación para la Creatividad*, (26), 200-238. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7024140>

Casas, M. (2023). Teletrabajo y tiempo de trabajo efectivo: desconexiones digitales involuntarias impeditivas del trabajo. Y derecho a la desconexión digital por motivos fisiológicos ("derecho del lavabo"). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, (9), 1-16. https://doi.org/10.55104/RJL_00485

Charro, P. (2017). Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo. En M. San Martín & M. Redinha. (Eds.), *III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico. Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras*. (pp. 20-27). <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/109405/2/235162.pdf>

Confederación Europea de Sindicatos. (2016). *Resolución de la CES sobre la digitalización: "Hacia un trabajo digital justo"*. <https://www.ccoo.es/21d4392f1c3a0985ca39f0050cd3a773000001.pdf>

Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho (Consejo de Europa, Estrasburgo, 17 de mayo de 2024).

Convenio 155 (OIT), el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores (Ginebra, 22 de junio de 1981).

Convenio 187 (OIT), el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (Ginebra, 15 de junio de 2006).

Cruz, J. (2017). Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. *Temas Laborales*, (138), 13-47. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552388>

Degryse, C. (2016). *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*. European Trade Union Institute - ETUI. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2730550>

Directiva Marco 89/391/CEE, del Consejo Europeo, 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, número 183, 29 de junio de 1989. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1989-80648>

Espín, M. (2015). El contrato a tiempo parcial: de la oportunidad de generar empleo a la precariedad en el empleo. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (31), 137-162.

Esteve, A. (2018). Zero hours contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital. *Revista de Derecho Social*, (82), 37-60. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6505446>

Eurofound (2017). *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*. Publications Office of the European Union. <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2017/working-anytime-anywhere-effects-world-work>

Eurofound (2020a). *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union. <http://eurofound.link/ef19032>

Eurofound (2020b). *Right to disconnect in the 27 EU Member States*. Publications Office of the European Union. <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/eurofound-paper/2020/right-disconnect-27-eu-member-states>

European Agency for Safety and Health at Work (21 de julio de 2021). New forms of work in the digital era: implications for psychosocial risks and musculoskeletal disorders. <https://osha.europa.eu/en/publications/digitalisation-work-psychosocial-risk-factors-and-work-related-musculoskeletal>

Fernández, F. (2020). Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género. *Revista de Derecho Social*, (89), 91-120. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7484041>

Ferrari, V. (2019). El incierto futuro de los derechos en el trabajo humano. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (52), 15-23. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6925833>

Fotinopoulou, O. (2021). Algunas reflexiones sobre el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (13). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7961668>

García, J. (2020). Cambio tecnológico, futuro del trabajo y adaptación del marco regulatorio. En E. Monreal, J. Thibault & A. Jurado (Coord.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías:*



Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo) (pp. 27-64). Tirant lo Blanch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7639922>

Goerlich, J. (2019). Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo. *Revista de Treball, Economia i Societat*, (92), 1-26. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6836980>

Góñi, J. (2019). Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo. *Documentación Laboral*, 2(117), 57-72. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7095888>

Ley Orgánica 3/2018. Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. 6 de diciembre.

Ley 6/2020. Ley reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. 11 de noviembre.

Ley 12/2021. Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. 28 de septiembre.

Ley 31/21995. Ley reguladora de la prevención de riesgos laborales en España. 8 de noviembre.

López, J. (2023). *Tiempo de trabajo y economía digital: limitación del tiempo de trabajo y garantía del descanso laboral*. Editorial Cinca.

Marco Estratégico Seguridad y salud en el trabajo en un mundo laboral cambiante, de la Unión Europea, sobre salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26 de junio de 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52021DC0323>

Martínez, C. (2024). El ordenamiento jurídico laboral frente la nueva era de inseguridad, incertidumbre y falta de garantía en las actuales condiciones de trabajo. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, (6), 31-48. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9290991>

Montoya, D. (2019). Nuevas relaciones de trabajo, disrupción tecnológica y su impacto en las condiciones de trabajo y de empleo. *Revista de Treball, Economia i Societat*, (92), 1-20. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6836982>

Nieto, J. (2019): Trazando un camino hacia el futuro del trabajo. El informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo en el marco del centenario de la OIT. *Documentación Laboral*, 2(117), 23-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7095885>

O'sullivan, M. et al. (2020). The Role of the State in Shaping Zero Hours Work in an Atypical Liberal Market Economy. *Economic and Industrial Democracy*, 41(3). <https://doi.org/10.1177/0143831x17735181>

Ray, J. (2016). Grande accélération et droit à la déconnexion. *Droit Social*, (11), 912-920.

Real Decreto Legislativo 2/2015 [Ministerio de Empleo y Seguridad Social]. Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 23 de octubre de 2015.

Real Decreto Legislativo 9/2021 [Jefatura del Estado]. por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para

garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. 12 de mayo de 2021.

Real Decreto Legislativo 39/1997 [Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales]. Decreto Legislativo por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. 17 de enero de 1997.

Real Decreto Legislativo 486/1997 [Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales]. Decreto Legislativo por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. 14 de abril de 1997.

Reglamento (UE) 2018/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 21 de diciembre de 2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32018R1999>

Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de julio de 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32024R1689>

Rodríguez, S. (2021). Tiempo de trabajo y conciliación: premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (13). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7961667>

Sentencia 96/2020 (RJ/2020/824) (4 de febrero de 2020). Tribunal Supremo, Cuarta Sala de lo Social.

Sentencia 532/2019 (3 de julio de 2019). Tribunal Supremo, Cuarta Sala de lo Social. <https://vlex.es/vid/801434157>

Sentencia 805/2020 (RJ/2020/5169) (25 septiembre 2020). Tribunal Supremo, Sala de lo Social Pleno. <https://vlex.es/vid/849700129>

Tascón, R. (2017). El contrato a tiempo parcial como instrumento de flexibilidad interna quasi absoluta. *Documentación Laboral*, 3(111), 131-155. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6132323>

Trujillo, F. (2023). *Más allá de la oficina: desafíos laborales emergentes en un mundo hiper conectado*. Editorial Aranzadi. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=959558>

Villa, M. (2021). El impacto de las tecnologías digitales sobre la organización del trabajo. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 6(1), 394-415. <https://doi.org/10.12795/e-rips.2021.i01.18>

Vosko, L. (2010). *Managing the Margins:*



Gender, Citizenship, and the International Regulation of Precarious Employment. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199574810.001.0001>

Ysàs, H. (2021). La precariedad en el empleo en España: apuntes sobre sus principales condicionantes jurídicos. *Documentación Laboral*, (122), 59-71. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7991781> 



El *ius variandi* en el Perú: entre la amplitud normativa y los imprescindibles condicionantes para su ejercicio^(*)

The ius variandi in Peru: between the breadth of the legal formula and the essential conditions for its exercise

Alfredo Villavicencio Ríos^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El estudio aborda la potestad de los empleadores de modificar las condiciones de trabajo previstas en un contrato de trabajo en el Perú. Se aborda el marco general, imprescindible para darle contexto a esta facultad, y luego se desarrolla sus alcances ampliamente consagrados en la ley, diferenciándola de la potestad del empleador de establecer modificaciones accesorias o secundarias. A continuación, se trata el tema de sus límites vinculados con los requisitos de causalidad y proporcionalidad establecidos por la norma legal. Finalmente, se analiza el caso de los límites en el caso en que se trate de una modificación del tiempo de trabajo, dado que este tema presenta una regulación específica.

Palabras clave: *Ius variandi* - Flexibilidad interna - Modificación ordinaria y sustancial de condiciones de trabajo - Tiempo de trabajo – Derecho Laboral - Perú

Abstract: This study discusses the power of employers to modify the working conditions established in an employment contract in Peru. It addresses the general framework, essential to give context to this power. Then it develops its scope broadly enshrined in the law, differentiating it from the employer's power to establish accessory or secondary alterations. Next, it addresses the limits linked to the requirements of causality and proportionality set by law. Finally, it analyzes the limits regarding the case working time modifications, given its specific regulation.

Keywords: *Ius variandi* - Internal flexibility - Ordinary and substantial change of working conditions - Working hours – Labor law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 9 de octubre de 2024 y su publicación fue aprobada el 11 de diciembre de 2024.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Doctor en derecho por la Universidad de Sevilla (Sevilla, España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5364-9861>. Correo electrónico: alfredo.villavicencio@pucp.edu.pe.



1. Introducción

El ordenamiento jurídico-laboral peruano ha sufrido un cambio radical de modelo desde el inicio de los años 90, a partir de los cuales se implementó una reforma laboral desreguladora y flexibilizadora en todos los campos imaginables del sistema de protección de los trabajadores (sustantivo, procesal, individual, colectivo, administrativo, seguridad social, entre otros). Y en lo que aquí interesa, el nuevo modelo implicó amplias potestades de flexibilidad externa (despido libre indemnizado y libertad casi plena de contratación temporal) y de flexibilidad interna (amplios poderes empresariales para introducir variaciones en las prestaciones a cargo de los trabajadores, desplazando el control estatal previo, en estos casos, hacia un control posterior y de carácter judicial).

Esta situación, que se entendió inicialmente como ilimitada, ha ido encontrando con el tiempo un conjunto de límites, derivados de los criterios de razonabilidad y causalidad, mencionados en la norma que la consagra y que, con la recuperación de la democracia en los albores de este siglo, han ganado mucha presencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la judicial y, finalmente, la administrativa. Al estudio detallado de esta nueva situación se dedican las líneas que siguen.

2. El necesario marco general del *ius variandi*

Partiendo del contexto de intensa desregulación y flexibilidad laboral externa e interna, existente en el Perú desde el inicio de los años 90, queremos dejar constancia de que las facultades del empleador de alterar el contenido de la prestación laboral devinieron en muy amplias tras la derogación del Decreto Ley 25921, que se denominó Ley de Facultades del Empleador, y que reguló el procedimiento administrativo al que deberían someterse las iniciativas del empleador dirigidas, entre otros, a modificar turnos, días u horas de trabajo y modificar, suspender o sustituir prestaciones de orden económico y condiciones de trabajo.

A tal regulación le sucedió el párrafo final del artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que, simplemente, establece:

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.

Estas amplísimas posibilidades de modificación son consistentes con unas reglas tan exiguas que han merecido el reclamo de toda la doctrina por su insuficiencia. Sirva de ejemplo la opinión de Toyama (2023) cuando sustenta la norma en:

La naturaleza de las reformas laborales que se han implementado en el sistema peruano, caracterizadas por una desregulación, un retiro del Ministerio de Trabajo en su rol de ente fiscalizador de los actos del empleador y una abdicación inicial para que el empleador pueda incorporar las modificaciones que estime convenientes. (p. 336)

La amplitud del mandato general anotado, que luego analizaremos con detalle, ha evidenciado y sigue evidenciando grandes vacíos, lo que resulta disfuncional en muchos terrenos. Esto conduce a la búsqueda de soluciones forzadas, basadas en normas previstas en otra lógica, como la brecha salarial, impulsa el incremento de la conflictividad siempre presente en un tema tan sensible; lleva a la judicialización de cualquier decisión empresarial o a la aceptación de decisiones unilaterales injustas, por carecer, en muchos casos, de un cierto contrapeso o equilibrio.

Como tantas otras, la revisión de esta norma es una asignatura pendiente que, lamentablemente, no podrá llevarse a cabo, porque en el Perú hemos sido capaces de restaurar la democracia política, tras la exposición pública de la corrupción del fujimorismo, pero no hemos podido recuperar cierto equilibrio en las relaciones laborales, dado que el núcleo de poder económico sigue siendo el mismo. Valida esta reflexión, los dos proyectos de Ley General del Trabajo (2002 y 2012), que se quedaron en tales a pesar de haber sido elaborados por comisiones de expertos muy plurales y, en uno de los casos, ratificado por los actores sociales en un 90%.

Como segundo elemento general, debemos dejar sentado que el *ius variandi* no puede utilizarse para relativizar o dejar sin efecto normas imperativas estatales, autónomas (e incluso derivadas de la costumbre).

Estamos ante un poder de modificación que debe sujetarse a las reglas básicas de respeto a la ley y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos. En el primer caso, en tanto la norma no permita su disponibilidad, cualquier afectación desde la autonomía privada será inválida. En el segundo, lo previsto en un convenio colectivo solo puede modificarse por otro producto de la autonomía colectiva que tenga competencia al respecto.



En este último terreno, la amplitud de la fórmula prevista en el artículo 9 generó algunas interpretaciones y aplicaciones empresariales que llevaron a modificar incluso disposiciones previstas en convenios colectivos. De modo que se hizo necesaria una definición estatal al respecto, que se dio a través del Decreto Supremo 013-2006-TR. Este, en su artículo 2, dispuso que el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, “LPCL”), “no puede ser interpretado en el sentido que permita al empleador modificar unilateralmente el contenido de convenios colectivos previamente pactados, u obligar a negociarlos nuevamente, o afectar de cualquier otra manera la libertad sindical”.

La consagración constitucional de la fuerza vinculante de los productos de la negociación colectiva (artículo 28.2) debió ser una barrera suficiente para el respeto de lo convenido colectivamente, mucho más cuando el principio *pacta sunt servanda* también está detrás del cumplimiento de buena fe de los términos de lo acordado en sede colectiva. Pero la debilidad de nuestro proceso de constitucionalización hizo necesario un heterodoxo juego normativo por el que un decreto supremo establece ciertos alcances de una ley y rompe, de esta manera, la jerarquía entre ellos, pero con el fin de hacer realidad lo previsto constitucionalmente.

En tercer lugar, y muy cercanamente a lo que se acaba de señalar, debemos dejar sentado que las modificaciones bilaterales, en sede individual o colectiva, serán siempre posibles en tanto respeten los parámetros de validez. Es decir, que las posibilidades de modificar la prestación de trabajo, para volverla más adaptable, más dúctil, tienen un amplio abanico en la autonomía privada individual y colectiva; hemos de acentuar inmediatamente que, dado que siempre es posible establecer un acuerdo individual novatorio, la sede natural de modificación es la negociación colectiva (Baylos, 2011, p. 231). En sede colectiva encontraremos que la reclamada adaptabilidad se acompaña de la imprescindible consideración de los intereses de los trabajadores, lo que dota a lo convenido de una calidad muy superior frente a lo impuesto legal o unilateralmente.

Además de lo dicho, es necesario dejar en claro que en el ordenamiento peruano la regla general frente al ejercicio del *ius variandi* es la de cumple y después reclama (*solve et repete*), en tanto que el derecho de resistencia queda para situaciones extremas en las que se pone en riesgo la vida o la salud del trabajador. Esta situación reclama una atención especial a la utilización de las facultades empresariales, para no causar daños de imposible o muy difícil reparación (la frustración de estudios en curso, por un cambio de turno u horario del trabajador, para no referirnos a un traslado).

Finalmente, también es necesario tener en cuenta que la inexistencia de grupos y categorías profesionales predeterminados en las empresas peruanas, aunada a la

negociación colectiva de rama solo en dos sectores económicos, plantea dificultades para el ejercicio ponderado del *ius variandi*. Si bien esta situación ha comenzado a modificarse desde la promulgación de la Ley 30709 - Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, en diciembre de 2017, todavía hay mucho camino que recorrer para salvar la laguna anotada al principio del párrafo. El artículo 2 de la ley antes citada se ordena la instauración de cuadros de categorías y funciones en todas las empresas, a las que se asignarán las remuneraciones correspondientes, de manera que se tenga elementos objetivos que permitan luchar contra la brecha salarial de género.

Esta situación se encuentra en progreso, aunque de manera deficiente, ya que se ha dejado únicamente en manos del empleador una tarea para la cual las virtudes de la negociación colectiva (equilibrio, adecuación, acatamiento mayor) son por todos conocidas. Se ha pasado de una regulación sobre el contenido de la prestación pactada en sede individual a otra totalmente unilateral, la empresarial. Pero, por lo menos, empezamos a contar con parámetros objetivos que podrán utilizarse para evitar la posible arbitrariedad absoluta que genera su ausencia. Está claro, además, que esta regulación surge y se aprueba para luchar contra la discriminación salarial de género y no para llenar el vacío existente en el ámbito de la variación de las prestaciones laborales.

Así, y nuevamente, habrá que adecuar los cuadros de categorías y funciones a la lógica de variación del contenido de las prestaciones a cargo de los trabajadores, con la inestabilidad que implica este constante acomodamiento a reglas próximas, pero no específicas.

3. La potestad ordinaria de realizar modificaciones accesorias o secundarias y el *ius variandi*

Habida cuenta de la diversidad de modelos normativos y doctrinales respecto de las modificaciones unilaterales de la prestación laboral, consideramos imprescindible dedicar



unas cuantas líneas a definir las categorías que utilizaremos para la presentación del régimen jurídico de *ius variandi* peruano.

El punto de partida es el contrato de trabajo, que no deja de ser un contrato a pesar de los muchos elementos dinamizadores que presenta y que a continuación señalaremos; ellos reclaman particular atención, pero no poseen entidad suficiente para transformar este tipo de contrato en otro negocio jurídico. De allí que debemos comenzar indicando que a este contrato de trabajo se le aplican los principios generales de su género, entre los que se encuentran los de autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda*; estos principios permiten y obligan a las partes al establecimiento y cumplimiento obligatorio de los términos del contrato (y que le generan la denominada “protección novatoria”), que han de tener vigencia en tanto no sean modificados por las mismas partes que los pactaron.

A partir de esta consideración, debemos traer a colación que la relación laboral surgida del contrato de trabajo es de tracto sucesivo, de duración prolongada, con obligaciones de actividad más que de resultado; se lleva a cabo en condiciones de subordinación, pero presenta una pluralidad de fuentes reguladoras, y en un contexto productivo y organizativo cambiante. Así, la relación laboral es desarrolla en una situación dinámica en la que hay que llevar adelante diversos procesos de ajuste, cambio o transformación de su contenido, procesos a los que, por cierto, hay que prestar particular interés (agreguemos que en la actualidad se permite no solo al empleador, sino también a los trabajadores, tomar la iniciativa en modificaciones originadas en sus intereses, a la luz de las reglas de conciliación de la vida familiar y laboral, por ejemplo).

Sobre la base contractual y a la luz de los elementos dinamizadores de la relación laboral, podemos dejar sentado que la regla general es la del cumplimiento de la prestación en los términos pactados, en tanto que la excepción será permitir al empleador alterar el marco bilateral, siempre que cumpla con las reglas que el ordenamiento jurídico haya establecido para tales fines. Veamos, entonces, un breve cuadro de posibilidades, alcances y caminos en las modificaciones de las prestaciones laborales.

En el ejercicio ordinario de su poder de dirección, el empleador está facultado a materializar cambios secundarios (por contraste de los relevantes, sustanciales o esenciales), que se derivan de su función ordinaria de acomodar, concretar o ajustar las prestaciones pactadas, sin efectuar una novación contractual. El poder directivo del empleador goza de un ámbito de autonomía en lo que se denomina el ejercicio regular de las facultades de dirección. Se trata, en los términos de Cruz Villalón (1983):

[De cambios] respecto a los cuales el empresario ostenta un poder originario para ordenarlos sin más limitaciones que las propias

del respeto a la legalidad vigente, la moral y las buenas costumbres. De hecho, se trata de cambios accesorios que no llegan a formar parte de la institución de la modificación de la relación laboral (p. 27).

En realidad, no deben calificarse como cambios porque no implican novación alguna, sino tan solo la utilización por el empleador de la facultad de optar entre las posibilidades que le da la prestación debida por el trabajador. No obstante, se trata de modificaciones sustanciales; en este sentido, Giugni, citado por Cruz Villalón señala que “el campo *ius variandi* comienza donde el poder directivo finaliza” (1983, p. 24).

Entonces, hablar propiamente de cambios unilaterales de la prestación laboral involucra de lleno a la institución del *ius variandi* y deja de lado la potestad ordinaria de efectuar variaciones accesorias o secundarias que no alteran esencial o sustancialmente el contenido contractualmente pactado.

Por ello, ubicados ya en el campo de la modificación de la prestación laboral por voluntad del empleador, debemos apostillar que más que la condición de trabajo es la intensidad del cambio lo que lleva a que el ordenamiento jurídico vuelque los ojos hacia esta alteración. Lo que marca el ingreso a la esfera de las decisiones ordinarias o excepcionales del empleador es la importancia del cambio. Nos encontraremos en el terreno propio del *ius variandi* si la decisión empresarial está dirigida a transformar la relación jurídica en otra distinta, pues afecta sustancialmente las condiciones determinadas con anterioridad, según los términos de Arce (2021, pp. 556-557).

Dejamos anotado, además, que la importancia del cambio marca la pauta incluso por encima de la temporalidad de la alteración, cuando la causa de la variación obedece a causas originadas en esfera empresarial (organización de la gestión, económicas, técnicas, productividad, etcétera). Si estamos ante una modificación que va más allá del poder ordinario del empleador, sea temporal o permanente, nos hallamos también en el ámbito del *ius variandi*.



4. Límites al *ius variandi*: una potestad modificatoria unilateral pero fuertemente condicionada

Como ya se ha dicho, el proceso radical de desregulación-flexibilización que se vivió en el Perú en el primer lustro de los años 90, fue omnicompreensivo, de manera que involucró también a la flexibilidad interna. Así, como ya hemos mencionado, en 1995 se derogó la Ley 25921, el cual regulaba el procedimiento administrativo del uso de los poderes empresariales, y fue sustituida por un párrafo de tres líneas agregado al artículo 9 de la LPCL (en el que se definía los alcances de la subordinación) que, hasta la fecha, dice:

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.

Esta regulación se produce en un contexto en el que ya se había eliminado el último baluarte de negociación colectiva sectorial o de rama (construcción civil); la afiliación sindical y la cobertura de la negociación colectiva cayeron por debajo del 5% de los asalariados; no existía ningún instrumento normativo que estableciera categorías o grupos ocupacionales y los reglamentos internos de trabajo solo eran obligatorios para empresas con más de cien trabajadores. Así, esta facultad novatoria se ejercía y ejerce en un universo laboral en el que el contrato de trabajo era (y es, aún) el instrumento principalísimo para la regulación del contenido de la prestación laboral, con los problemas de asimetría de poder que esto entraña.

Esta situación puede explicar, en alguna medida, la escasez e insuficiencia de la regulación legal, que subsume un tema de grandes proporciones en tres renglones, y deja así desatendidas un significativo número de situaciones, con consecuencias graves en materia de parcialidad, inseguridad jurídica y conflictividad. Basta recordar las siete páginas que ocupan los artículos 39, 40 y 41 del Estatuto del Trabajadores de España, que regulan movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, para saber que estamos ante una regulación absolutamente exigua.

Esta realidad ha sido criticada por toda la doctrina porque, además de su exigüidad, el artículo 9 de la LPCL representaría “una abdicación del Estado en favor de las facultades del empleador, en la medida en que se dispone, de manera general, la posibilidad de modificar -de manera sustancial o no- las condiciones de trabajo sin más límites que la razonabilidad y la necesidad de la empresa de variar la prestación de servicios del trabajador, y sin que se establezcan mecanismos previos de control al ejercicio de tales facultades” (Toyama, 2023, p. 321). A partir de ello, Toyama (2023) concluye que el artículo 9 de la LPCL es la norma que regula la potestad del empleador de realizar modificaciones ordinarias y sustanciales “de tal

manera que el legislador reemplazó un control administrativo previo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (Ley 25921) por un control posterior en la medida en que el acto del empleador no sea razonable o no se ajuste a las necesidades del centro de trabajo” (p. 336).

Por su generalidad y amplitud, Arce (2021, pp. 564 y ss.) ha cuestionado radicalmente esta posición, señalando que el artículo 9 de la LPCL solo puede comprender las modificaciones producto del ejercicio regular del poder directivo (que no afectan lo dispuesto por el contrato de trabajo), de esto se deduce que los términos del *ius variandi* en la regulación peruana solo pueden referirse al ejercicio extraordinario de este poder en casos imprevisibles, en tanto que su ejercicio como *ius variandi* sustancial o esencial deviene en ilegal por romper el principio *pacta sunt servanda* y el equilibrio contractual sin justificación jurídica válida.

Es evidente que el artículo 9 de la LPCL no prevé la intensidad de las modificaciones, su carácter temporal o permanente, su impacto individual o colectivo, el origen de la regulación a modificar, etcétera. Estamos, por cierto, ante una regulación claramente insuficiente, pero no podemos cerrar los ojos ante una disposición que, si bien opta por un modelo de flexibilidad interna “máxima”, elimina cualquier tipo de requisito control *ex ante* frente al ejercicio del *ius variandi*, no deja el tema librado únicamente al arbitrio empresarial, a la sola decisión del empleador.

La norma deja en claro, indubitadamente, que se trata de una potestad unilateral pero no discrecional ni mucho menos arbitraria, sino fuertemente condicionada puesto que está sujeta a los principios de razonabilidad y de causalidad, bajo cuyo manto deberán analizarse los hechos concretos en el proceso judicial en que se cuestione la decisión empresarial. Sí se puede, y se debe, exigir a los tribunales que, como estamos ante un cambio unilateralmente decidido, al que debe agregarse el control *ex post* y las diversas barreras de acceso a la justicia laboral, apliquen rigurosamente los principios de causalidad y razonabilidad, de modo que se pueda otorgar al trabajador una tutela que



compense el desequilibrio y dé una respuesta adecuada a los valores e intereses en juego. Se trata de la culminación del proceso de construcción de un andamiaje jurídico-judicial que elimine cualquier vestigio de arbitrariedad y abuso, hasta que se apruebe una normativa que dé cuenta cabal del tema.

Al respecto, las exigencias de causalidad y razonabilidad deben girar únicamente alrededor de la situación de la empresa (en materias económica, técnica, organizativa, etcétera), lo que traza un amplísimo abanico de posibilidades de justificación. Como señala Sanguinetti (2010, p. 136), respecto de un supuesto similar:

Se debe estar en condiciones de acreditar, antes que nada, la existencia de carencias, dificultades o una situación que afecte alguna de las dimensiones antes aludidas, y agrega que “tales situaciones sean reales y objetivas, además de independientes de la pura voluntad de quien las alega, es decir, deberá tratarse siempre que causas externas con entidad propia y claramente objetivables.

Todo ello dentro del marco legal que impone que la justificación de las medidas debe responder a las necesidades del centro de trabajo (artículo 9 LPCL).

En tal sentido, cualquier alteración enmarcada en el *ius variandi* debe darse en el marco de una ponderación entre medios y fines, puesto que así será evaluada su decisión por los órganos jurisdiccionales. Y con esto ingresamos de lleno en el ámbito de la razonabilidad exigida legalmente a la decisión modificatoria sustancial. En tal sentido, Pérez de los Cobos y Roqueta (1997) señalan la necesidad de un control de razonabilidad:

Sobre la adecuación de las medidas propuestas a las causas que las provocan. Acreditada la concurrencia de causas hay que argumentar la adecuación de las mismas a las medidas propuestas, de acuerdo a las finalidades tuteladas por la ley. La gravedad exigida por la ley en las causas es proporcional a las medidas a adoptar, mas la ponderación a realizar, en primera instancia por el empresario y en última por el juez, es la misma (p.44).

De este “juicio de razonabilidad de la decisión” (Lorente, 2011, p. 217), exigido por el carácter excepcional de la facultad modificatoria del empleador, se desprende, en palabras de Sanguinetti (2012, p. 139):

La exigencia de que las medidas a introducir sean, de entre todas las posibles, aquellas que se presenten razonablemente como las más idóneas para conseguir los objetivos que se pretenden, con el menor gravamen para los sujetos que las padecen. Es decir, aquellas que resulten, nuevamente desde la perspectiva de la razonabilidad, como las más eficaces para, con el menor perjuicio en el empleo y las condiciones de trabajo, lograr que la empresa resulte competitiva.

En tal sentido, y mencionando siempre la proporcionalidad al lado de la razonabilidad, se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo de España:

[La] razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse, incluso, a lo que se ha llamado “dumping” social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede, sin más y por elemental justicia, ser admisible en cualesquiera términos (Tribunal Supremo de España 639/2016, Sala Cuarta, 7 de julio de 2016).

Y agrega lo siguiente:

Siendo función de los órganos judiciales controlar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, en orden a determinar si la decisión empresarial es adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo (Tribunal Supremo de España 746/2020, Sala Cuarta, 9 de septiembre de 2020).

Para este órgano jurisdiccional se trata de excluir “en todo caso, como carentes de “razonabilidad” y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores” (Tribunal Supremo de España, Sala cuarta, recurso de casación 158/2013, 26 de marzo de 2014).

Volviendo a la regulación peruana, es preciso señalar que la amplitud de las causas materiales lleva a potenciar la rigurosidad en la aplicación de los requerimientos de causalidad y razonabilidad. Al respecto, se debe comenzar señalando que si bien el segundo principio (razonabilidad) subsume al primero, la referencia expresa permite dar por indubitable que la causa debe ajustarse estrictamente a las necesidades del centro de trabajo, concebido como el establecimiento o ámbito en el que preste servicios el trabajador. Por tanto, debe haber una conexión directa y objetiva entre la causa habilitante y las condiciones que se modifican.

Al respecto debemos señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema requiere la exigencia motivación o justificación por



parte del empleador, e indicios y medios de prueba aportados por el trabajador, que permitan advertir una afectación al principio de razonabilidad⁽¹⁾. En tal sentido, el Recurso de Casación No. 3942-2015 ha afirmado lo siguiente:

Si la modificación de funciones se encuentra dentro de la razonabilidad, y las labores no son diametralmente distintas, sino complementarias a las propias funciones que sule teniendo en cuenta la finalidad de las labores de la demandada, pues el Poder Judicial tiene como fin la administración de justicia; lo que conlleva a establecer la existencia de ponderación, dentro de un contexto de balance de razonabilidad entre las labores por las que se contrató y las labores adicionales que se le encomendó (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Finalmente, la Casación No. 5491-2012-San Martín, buscando consolidar la doctrina jurisprudencial establece lo siguiente:

El *ius variandi* se puede ejercitar siempre y cuando se respeten los siguientes límites: i) razonabilidad, es decir, que la modificación no sea arbitraria; ii) funcionalidad, lo cual implica que la modificación obedezca a un motivo atendible; y, iii) indemnidad del trabajador, lo cual exige que a este último no se le provoque menoscabo patrimonial o moral, o un perjuicio material que no le sea compensado. (Corte Suprema de Justicia, s/f).

El Tribunal de Fiscalización Laboral, de reciente creación (que es la última instancia a la que se puede recurrir, de forma extraordinaria, para cuestionar las sanciones impuestas por la inspección laboral, por la comisión de faltas muy graves), ha dado un paso más en el camino de fortalecer el principio de razonabilidad acogido por el artículo 9 de la LPCL, y encabeza su análisis citando los alcances del mismo previstos por el Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional⁽²⁾.

Y agrega a esto, en la Resolución 087-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala:

Para la aplicación del acotado principio rector en el plano laboral, la decisión del empleador sobre las condiciones de trabajo deberá ser instrumentalizada de manera tal que persiga una finalidad lícita y/o legítima, ya sea para la debida atención de sus necesidades comerciales, o, no cabe duda, para evitar escenarios de mayor lesividad a sus colaboradores. (Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL, 2021)

Tratando de esquematizar el contenido de la razonabilidad, Toyama (2023, p. 325) acoge los tres sentidos de este principio, planteados por Luque Parra (i) debe existir una motivación en el acto del empleador, es decir una justificación objetiva de la medida implementada; (ii) la motivación debe ser suficiente o proporcional; y (iii) la motivación debe ser coherente, es decir, debe verificarse una relación directa entre la causa y la modificación de la condición de trabajo.

Planteadas así las cosas, vemos que la razonabilidad exigida para la modificación de la prestación laboral guarda una enorme proximidad con su formulación en sede jurisdiccional constitucional. Así, buscando dar una aplicación efectiva en la realidad al principio de razonabilidad, la Corte Constitucional colombiana ha señalado lo siguiente en la Sentencia C-022-96:

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente solo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (Corte Constitucional de Colombia, 23 de enero de 1996)

- (1) Al respecto, véanse las Casaciones No. 505-2010-Lima, No. 9792-2012-Junín, No. 11770-2013-Callo y No. 7409-2016-Moquegua.
- (2) Para mayor información, véanse las resoluciones de la primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral 198-2021-SUNAFIL/TFL, 128-2021-SUNAFIL/TFL, 125-2021-SUNAFIL/TFL.
- (3) Para mayor información, véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 0016-2002-AI (2003, 15 de mayo), 0008-2003-AI (2003, 14 de noviembre), 0048-2004-AI (2005, 01 de abril) y 02437-2013-AA (2014, 16 de abril), entre otras.



En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional⁽³⁾

De allí que consideremos de particular importancia que los jueces y el Tribunal de Fiscalización Laboral aprovechen lo avanzado sobre el contenido constitucional del principio de razonabilidad para que la amplitud en la determinación de la prestación y las inmensas posibilidades de flexibilidad interna, acogidas por nuestro ordenamiento jurídico, se lleven a cabo previo test de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ello permitirá soluciones de mayor calidad por la ponderación de intereses que trae consigo, mejorará el clima laboral y reducirá los cuestionamientos judiciales al ejercicio del *ius variandi*.

5. Los actos de hostilidad como límites específicos

En el ordenamiento laboral peruano la potestad modificatoria de la prestación laboral carece de control ex ante, con excepción del caso de tiempo de trabajo que se verá luego de este acápite. Sin embargo, además de las obligaciones de causalidad y razonabilidad, existen límites específicos en el Capítulo IV de la LPCL, dedicado a la extinción del contrato de trabajo, cuyo artículo 30 regula los actos de hostilidad equiparables al despido.

Se trata de afectaciones graves de la relación laboral, derivadas de incumplimientos u otras conductas del empleador, que hacen insostenible su continuidad. Estamos pues, ante la institución del “despido indirecto”, consagrada en los diversos ordenamientos jurídicos, por lo general con una lista enumerativa y abierta de causas, que procura otorgar al trabajador la posibilidad de resolver el contrato de trabajo, con una justa causa, dando origen a una indemnización similar a la obtenida frente a un despido improcedente o arbitrario (Blancas, 2007, pp. 399 y ss.).

Y hemos puesto énfasis en la calificación jurídica de esta forma de terminación de la relación laboral porque en el Perú se presenta existe coincidencia de cierto sector de la doctrina y la totalidad de jurisprudencia judicial y administrativa, en definir los actos de hostilidad como “los límites legales al poder directivo del empleador”, a pesar de que luego reconocen que todas las conductas calificadas como actos de hostilidad no implican un uso excesivo del *ius variandi*.

La ubicación y coherencia del artículo 30 con el capítulo de extinción de la relación laboral, así como la incongruencia vista en el párrafo anterior, nos llevan a objetar la equiparación de conductas que pueden originar un “despido indirecto” con los límites de la potestad empresarial de modificar significativamente la prestación laboral, aunque algunas de sus transformaciones, decididas unilateralmente por el empleador, sean de gravedad tal que han merecido su calificación como

actos de hostilidad. Tenemos, entonces, dos tipos de modificaciones esenciales: las que son consideradas como actos de hostilidad y, por tanto, son causales de despido indirecto, y las que no lo son.

Como regla común a los ocho supuestos del artículo 30, se establece que los trabajadores concernidos, antes de utilizar la vía judicial para pedir el cese del acto de hostilidad o reclamar la indemnización derivada del despido indirecto, deberán emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad y otorgándole un plazo de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. Concluido este plazo sin enmienda y con o sin descargo, queda habilitada la vía judicial a los trabajadores, en los términos acabados de mencionar. En el caso en que la variación cuestionada no sea considerada como un acto de hostilidad, quedará al trabajador únicamente la posibilidad de demandar judicialmente la anulación del cambio cuestionado.

Si ingresamos al tema de los límites al *ius variandi* a partir de conductas que también gozan de la condición de actos de hostilidad del empleador, debemos señalar que de los ocho actos listados en el artículo 30, solo cuatro pueden entrañar modificaciones en la prestación laboral: (i) la reducción de la categoría y de la remuneración; así mismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador (literal b); (ii) el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio (literal c); (iii) los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquiera otra índole (literal f); y, (iv) los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador (literal g). Los otros cuatro son incumplimientos (el no pago de la remuneración, por ejemplo) o conductas (actos de violencia o faltas graves de palabra) que no ostentan la doble condición de actos de hostilidad que se manifiestan a través del recurso al *ius variandi*.

Como “gorro general”, antes de ocuparnos específicamente de cada supuesto, debemos



señalar que a todos ellos se les aplican las exigencias de razonabilidad y causalidad, ya analizadas previamente, previstas con carácter general por el artículo 9 LPCL.

De los cuatro supuestos que implican variación de la prestación del trabajador, queremos señalar que el primero de ellos (la reducción de la remuneración o la categoría) se ha visto rigidizado con una reforma del año 2017, que retiró el carácter inmotivado de la disminución (Ley 30709). Ahora se podría entender que basta con que objetivamente haya menoscabo en la retribución o la categoría para que el acto sea considerado hostil. Sin embargo, esta conclusión debe considerarse como la regla general y dar cabida, como reglas especiales, a aquellos casos en que los principios de razonabilidad y causalidad justifiquen suficientemente la decisión tomada. En todo caso, la reciente obligación legal de contar con un cuadro de categorías y funciones facilitará la identificación de supuestos de movilidad funcional, sobre todo descendente, que son los que califican como actos de hostilidad.

Dicho esto, se pueden señalar algunas líneas de la jurisprudencia que recogen adecuadamente el tratamiento del tema. Ha sido admitida como válida la modificación de las categorías, en función de procesos generales de reestructuración general del escalafón, como suele suceder en el caso de fusiones empresariales; esto se debe a que su lógica no es individualizable, sino que responde a una reforma global del tema y, por tanto, no carece de justificación como lo ha identificado la Corte Suprema en la Casación No. 624-2002-Lima. Lo mismo sucede con el retiro de complementos salariales vinculados con la función que se deja de ejercer al desaparecer el fundamento para tal pago como también señaló la Corte en la Casación No. 10534-2012-Lima.

En el segundo supuesto, la movilidad geográfica “con el propósito de ocasionarle perjuicio”, lo que se enfatiza en el artículo 50 del reglamento de la LPCL es la exigencia de que el propósito de causarle perjuicio al trabajador sea deliberado. Hay mucha y variada jurisprudencia que bucea en busca de la motivación dañina, con todas las dificultades que eso entraña. Está por demás decir que nos encontramos ante un caso de prueba diabólica de la voluntad de causar daño que los jueces, dada su dificultad, deberían hacer reposar mucho más en el empleador, quien demostrando la necesidad objetiva y la razonabilidad del traslado, quedaría libre de responsabilidad.

En el tercer supuesto, los actos de discriminación pueden o no entrañar una modificación de condiciones de trabajo; de allí que en este caso tenemos que constreñirnos a aquellas conductas empresariales que llevan al uso del *ius variandi* a partir del sexo, la raza, la religión, la militancia sindical, etcétera. El foco tiene que ponerse en analizar si el acto discriminatorio está en el centro de la modificación de la prestación, para entenderlo como un límite al *ius variandi*.

Finalmente, en el caso de modificaciones de la prestación laboral que afecten la dignidad del trabajador, debemos señalar que este límite del *ius variandi* actúa, por ejemplo, cuando se vacía de contenido su prestación y se le mantiene sin ocupación efectiva, o se llevan a cabo otras medidas que afectan sus obligaciones laborales y generan un entorno negativo en cuanto al lugar de trabajo (un sótano, un lugar aislado o en un pasillo de cara a la pared), en función de su labor sindical o su carácter de reinstalado judicialmente, por ejemplo.

6. Los límites específicos en materia de modificación de jornada y horario de trabajo

Dentro de la dispersión normativa que caracteriza al Derecho del Trabajo peruano, la regulación del tiempo de trabajo se encuentra establecida en el artículo 25 de la Constitución, que dispone que la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas diarias y 48 semanales como máximo, y en el Texto Único Ordenado de la Ley sobre jornada, horario y trabajo en sobretiempo, aprobado por el Decreto Supremo 007-2002-TR y reglamentado por el Decreto Supremo 008-2002-TR.

Los parámetros regulativos que estas normas establecen son muy amplios, aun cuando se hayan previsto dos procedimientos bastante simples para modificar jornadas y turnos, o cambiar horarios de trabajo. En la comparación de procedimientos, la diferencia principal radica en que en el caso de los horarios no hay necesidad de plantear una consulta previa a los trabajadores o sus representantes.

En el caso de una variación de jornadas (ordinaria, variable, acumulativa o atípica) o turnos, el artículo 2 del Decreto Supremo 007-2002-TR establece un procedimiento de consulta previa, sobre la medida a adoptarse y los motivos que la sustentan, a la organización sindical o, a falta de esta, con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, con los trabajadores afectados. Para estos efectos, la comunicación del empleador debe hacerse por lo menos con ocho días de anticipación a la puesta en marcha de la modificación, plazo dentro del cual la parte laboral concernida puede



solicitar una reunión con el empleador para plantear una medida distinta a la propuesta. Las partes deben reunirse y buscar un acuerdo, a falta del cual concluye la estación de consulta y el empleador queda facultado legalmente para introducir la medida propuesta. Si la parte laboral no está de acuerdo con ella, puede cuestionarla administrativamente, dentro de los diez días siguientes a la implementación de la medida. La autoridad administrativa debe resolver esta controversia, en base a los argumentos y evidencias que aporten las partes, en un plazo máximo de diez días hábiles.

En el caso de una modificación de horarios de trabajo, siempre que sea colectiva, superior a una hora y la mayoría de los trabajadores estuvieran disconformes con este cambio, ellos pueden impugnar la decisión empresarial ante la autoridad administrativa de trabajo, quien, con base en los argumentos y evidencias, deberá resolver la disputa en el término de diez días hábiles; esta resolución administrativa es apelable. En el caso de una modificación individual de horarios, se faculta a que el trabajador impugne judicialmente la decisión empresarial, sin que el cuestionamiento impida la ejecución de la variación.

Como se puede deducir del tratamiento legal, las posibilidades de alteración en materia de tiempo de trabajo son bastante amplias, siempre y cuando estemos frente a regulaciones unilaterales de esta materia. Aunque la norma no las excluya específicamente, si existe regulación colectiva de estas materias, debe buscarse un acuerdo colectivo en el que se introduzca el cambio, tanto por la fuerza vinculante del convenio como porque se exige voluntad colectiva incluso en los casos de crisis empresarial, que reclama de una modificación de lo pactado para evitar una reducción de personal.

7. Conclusiones

En un mundo laboral en cambio constante, los empleadores poseen una potestad de modificación unilateral e incondicionada de las condiciones de trabajo accesorias o secundarias. En cambio, cuando se trata de condiciones de trabajo sustanciales o esenciales, los ordenamientos jurídicos establecen reglas para cuidar todos los intereses en juego, que van desde controles *ex ante*, los más rigurosos, hasta *ex post*, los más flexibles.

En el Perú, se otorgan facultades muy amplias a los empleadores para modificar las condiciones de trabajo sustanciales o esenciales, pero se condiciona su ejercicio, en primer lugar, a que tales condiciones no hayan sido impuestas por normas imperativas estatales o autónomas (convenios colectivos), e incluso derivadas de la costumbre; y, en segundo lugar, a las reglas de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden dar lugar a cuestionamientos judiciales en los casos en que los trabajadores consideren que

las decisiones empresariales han vulnerado tales condiciones.

Así lo viene entendiendo la jurisprudencia judicial y administrativa, aunque se hace necesario mayor rigurosidad en la aplicación del test de proporcionalidad, para equilibrar una regulación normativa de muy amplios contornos.

La exigüidad e insuficiencia de la regulación legal, que subsume un tema de grandes proporciones en tres renglones, deja así desatendidas un significativo número de situaciones, con consecuencias graves en materia de parcialidad, inseguridad jurídica y conflictividad. Obliga, además, al recurso a la regulación de otras instituciones (como los actos de hostilidad), que al estar previstos para situaciones diferentes no proporcionan una respuesta legal adecuada.

En materia de modificación de jornada y horario de trabajo, hay reglas procedimentales de control previo que deben ser seguidas por los empleadores.

Resulta imperativo establecer una regulación que aborde adecuadamente y en su integridad el importante tema de la variación de las condiciones de trabajo.

Referencias bibliográficas

- Arce, E. (2021). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias* (3.ª ed.). Palestra Editores.
- Baylos, A. (2011). Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio. En A. Baylos (Coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*. Bomarzo.
- Blancas, C. (2007). *El despido en el derecho laboral peruano*. Ara Editores.
- Casación No. 3942-2015-Tacna (2016, 10 de marzo). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación No. 10534-2012-Lima (2013, 13 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación No. 624-2002-Lima (2013, 19 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación No. 5491-2012-San Martín (s/f). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Cruz Villalón, J. (1983). *Las modificaciones de la prestación de trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.



Cruz Villalón, J. (2010). La flexibilidad laboral interna en la reforma laboral de 2010. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, (2), 173-202. <http://hdl.handle.net/11441/41910>

Decreto Supremo 003-97-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 27 de marzo de 1997.

Decreto Supremo 007-2002-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo. 04 de julio de 2002.

Decreto Supremo 008-2002-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de trabajo, horario y trabajo en sobre tiempo. 04 de octubre de 2002.

Ley 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. 27 de diciembre de 2017.

Lorente, A. (2011). Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En J. L. Monereo Pérez y otros (Coords.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Comares.

Resolución 087-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 12 de julio). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 125-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 22 de julio). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 128-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 22 de julio). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 198-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 13 de agosto). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Roqueta, R. (2012). Flexibilidad interna. En A. Blasco y otros (Coords.), *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012* (1.ª ed. Vol.1). Tirant Lo Blanch.

Sanguinetti, W. (2012). La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes. *Revista de Derecho Social*, (57), 125-144.

Sentencia 639/2016 (2016, 07 de julio). Tribunal Supremo de España.

Sentencia 746/2020 (2020, 09 de septiembre). Tribunal Supremo de España.

Sentencia 158/2013 (2014, 26 de marzo). Tribunal Supremo de España, Recurso de casación.

Sentencia C-022/96 (1996, 23 de enero). Corte Constitucional de Colombia.

Toyama, J. (2023). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico* (3.ª ed.). Gaceta Jurídica. 



Régimen Jurídico del Teletrabajo en el Perú^(*)

Aspectos individuales de la cuestión

Legal Regime of Telework in Peru. Individual aspects of the issue

Elmer Arce Ortiz^()**

Universidad de Cádiz (Cádiz, España)

Resumen: En septiembre de 2022, la Ley 31572 deroga la Ley 30036. Con ello, el régimen jurídico del teletrabajo en el Perú se modifica. En este contexto, el propósito del presente trabajo es estudiar y describir en clave normativa el nuevo régimen jurídico que impone la Ley 31572 al teletrabajo. Señala la nueva Ley que estamos frente a una modalidad especial de prestación de labores, lo cual nos obliga a estudiar con precisión el impacto que tiene el teletrabajo sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, sobre sus prestaciones, sobre la extinción, etc. Y es que, aunque la legislación laboral general, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se aplique de forma automática a todos los teletrabajadores, la Ley 31572 impone reglas singulares para aquellos. Estas últimas reglas son las que estudiaremos.

Palabras clave: Teletrabajo, plataformas y tecnologías digitales - Desconexión digital - Voluntariedad y carácter reversible - Pago de gastos y dotación de equipo informático - Trabajo remoto - Trabajo a domicilio

Abstract: In September 2022, Law 31572 repealed Law 30036, thereby modifying the legal regime of teleworking in Peru. In this context, this work aims to study and describe, in normative terms, the new legal regime that Law 31572 imposes on teleworking. The new Law refers to a special modality of provision of work, requiring a precise study centered on the impact of teleworking on essential elements such as the employment contract, its benefits, termination, among others. This means that Law 31572 regulates specific situations related to all teleworkers, regardless of the general labor legislation, namely Labor Productivity and Competitiveness Law. This study will address these specific rules.

Keywords: Telework, platforms and digital technologies - Digital disconnection - Voluntary and reversible nature - Payment of expenses and provision of computer equipment - Remote work and work at home - Labor law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 19 de agosto de 2024 y su publicación fue aprobada el 2 de diciembre de 2024.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz. Profesor Principal de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2663-0225>. Correo electrónico: egarce@pucp.edu.pe.



1. Teletrabajo: ¿Régimen especial laboral o modalidad contractual?

Con muy buen tino, la Ley 31572 – Ley de Teletrabajo, califica al teletrabajo como una “modalidad especial de prestación de labores” (artículo 3.1). No es un régimen laboral especial. Si bien los regímenes laborales especiales regulan labores que presentan singularidades en alguno de los elementos del contrato de trabajo (prestación personal de servicios, remuneración y subordinación), cuentan con regulación legal específica. Es decir, son regímenes laborales excluidos del régimen general; por ejemplo, en el caso de la construcción civil, trabajadores del hogar, deportistas profesionales, artistas, etc. En consecuencia, un trabajador de régimen especial no puede someterse simultáneamente a sus propias normas y a las normas laborales del régimen general.

En cambio, el teletrabajo a pesar de que de igual manera trae singularidades a la prestación personal de servicios y a la subordinación, es solo una modalidad contractual que se somete tanto al régimen general de la legislación laboral como también a los regímenes laborales especiales. Es una herramienta contractual que no excluye a los teletrabajadores de la legislación laboral común, sino que, por el contrario, los inserta en su marco regulador⁽¹⁾. Así, cualquier trabajador regulado por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), como un profesor universitario, puede prestar sus servicios bajo modalidad presencial o por teletrabajo. De la misma forma que un artista, cuyo régimen laboral es especial, puede ser teletrabajador. En suma, no importa el régimen laboral al que pertenece el trabajador, a efectos de que se aplique la modalidad contractual de teletrabajo.

2. Singularidades del teletrabajo en los elementos esenciales del contrato de trabajo

Es evidente que los elementos esenciales no pueden faltar en un contrato de trabajo, ya que ello nos permite diferenciarlo de otro de naturaleza civil o mercantil. Ahora bien, en el teletrabajo regulado por la Ley 31572 los elementos esenciales no faltan, pero pueden presentar rasgos singulares que sirven para sustentar la presencia de una nueva modalidad contractual.

Veamos estos rasgos singulares:

En primer lugar, la prestación de trabajo se desarrolla en el lugar que libremente elija el teletrabajador y debe comunicar ello a su empleador (artículo 11.1 Ley 31572). Usualmente, como un rasgo importante que delineaba el poder de dirección, era el empleador el que decidía en qué lugar se ejecutaba el contrato de trabajo. Hoy en día, el teletrabajador presta sus servicios en su domicilio o en cualquier lugar decidido por él, manteniendo la obligación legal de comunicar ello a su empleador. En consecuencia, el empleador no puede decidir el lugar de desarrollo de labores, ya que ello implica no cumplir con uno de los rasgos singulares para que exista el teletrabajo. Es decir, si el empleador decide el lugar, entonces tendremos un contrato laboral ordinario y no una relación de teletrabajo.

En segundo lugar, la prestación de trabajo se realiza a través de la utilización de las plataformas y tecnologías digitales (artículo 3.1 Ley 31572). La frase que utiliza la ley peruana es amplia, porque “la utilización de plataformas y tecnologías digitales” abarca dos aspectos: (i) la comunicación con el empleador y (ii) la propia realización del trabajo. Es evidente que la comunicación con el empleador debe realizarse a través técnicas informáticas que transmitan datos en tiempo real o en forma esporádica (correo electrónico, *WhatsApp*, *USB*, etc.) o de telecomunicación (teléfono, radio, videoconferencia, etc.). Sin embargo, para identificar una prestación de teletrabajo, más allá del medio utilizado para la comunicación con el empleador, es determinante la propia realización del trabajo mediante plataformas y tecnologías digitales.

El aspecto que diferencia al teletrabajador es que presta sus servicios a través imágenes, video, texto, voz, datos, etc. Y, sobre todo, el resultado de su labor son productos inmateriales que se pueden traducir en bytes,

(1) En el mismo sentido, aunque refiriéndose al Estatuto de los Trabajadores español, opina Jesús Cruz: “El Estatuto de los Trabajadores contiene la regulación general del contrato de trabajo común, que se aplica a todos los efectos al trabajo a distancia, salvo para las reglas singulares contenidas en el RDLT que, como norma especial, se aplica con preferencia a la general”. Para mayor información, véase “Aspectos prácticos de la nueva regulación del teletrabajo, en Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social” de Jesús Cruz Villalón (2021, p. 8).



ya no en átomos (Thibault, 2000, p. 27). Estos productos inmateriales, por el contexto actual de las nuevas tecnologías, solo pueden realizarse usando las plataformas y tecnologías digitales, es decir, equipos y programas informáticos, aplicaciones, redes, medios de comunicación.

Es importante resaltar que el trabajo debe “realizarse” a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC), de lo contrario ya no es teletrabajo, y debe tener un resultado inmaterial. La labor debe realizarse a través de las TIC, como en el caso de un dibujo virtual que lo hago en un programa informático como Illustrator o una traducción que hago en Word. En ambos supuestos, estamos ante teletrabajo, pues el resultado del trabajo es inmaterial y, por ello, utilizo programas informáticos de las TIC para enviarlos al empleador. El que el resultado del trabajo sea digital o inmaterial es definitorio para hablar de teletrabajo. Por el contrario, si soy un distribuidor de galletas de una empresa y mi labor es dejar en cada tienda una caja, entonces no estoy teletrabajando así tome un teléfono al finalizar cada entrega e informe a mi superior jerárquico. Tampoco es teletrabajador quien confecciona unos zapatos en su casa y envía a su empleador una foto por WhatsApp de los mismos.

En tercer lugar, en el artículo 3.1 de la Ley 31572, se indica que las labores del teletrabajador deben ser subordinadas. Podría haber teletrabajadores autónomos, pero no serían regulados por la Ley 31572. Ahora bien, la subordinación en el teletrabajo también asume rasgos muy singulares. Al realizarse la prestación a distancia, quedan dos posibilidades. Primero, que el empleador controle las labores del teletrabajador por la misma vía de comunicación digital que tienen. En estos casos, ambos sujetos del contrato laboral están conectados simultáneamente a la misma plataforma digital (conexión *online*). Por ejemplo, existen aplicaciones informáticas que hacen posible computar el tiempo que el teletrabajador tiene encendida la computadora. Segunda posibilidad, el teletrabajador no tiene conexión digital con el empleador, pues al terminar su trabajo solo le envía los datos a su empleador por *e-mail* o *USB* (conexión *off line*). En este último caso, la subordinación no desaparece. El empleador sigue organizando el trabajo y, aunque no fiscalice las labores al momento que se realizan, fiscaliza las labores con posterioridad a su envío (como sucede con los llamados trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata)⁽²⁾.

3. La habitualidad y regularidad de la prestación de servicios en el teletrabajo

Por lo dicho, el teletrabajo es una modalidad especial de contrato de trabajo, que se reconoce básicamente en la singularidad de la prestación del servicio. Primero, porque se realiza en el lugar que señala el trabajador. Segundo, porque se realiza a través de plataformas y tecnologías digitales.

No obstante, la Ley 31572 menciona que el teletrabajo es una modalidad especial de prestación de labores de condición regular o habitual. Se entiende que lo que busca el legislador es que las labores calificadas como teletrabajo, tengan las singularidades mencionadas de modo preeminente. Es decir, la prestación del servicio lejos del empleador y con el uso de las TIC, debe ser algo que se dé normalmente, con frecuencia o de forma habitual.

De este modo, los requisitos legales para definir el teletrabajo establecen entonces dos círculos de exclusión. El primer círculo, tiene que ver con la presencia de las singularidades en la prestación del servicio. Como ya lo dijimos, si un trabajador presta sus servicios en el centro de trabajo del empleador, por más que utilice las nuevas tecnologías o sus resultados sean productos inmateriales, no podrá ser calificado como teletrabajador. De igual modo, si un trabajador decide prestar servicios en su domicilio, pero no crea productos inmateriales (en *bytes*) o no utiliza de alguna forma las plataformas o tecnologías digitales para cumplir sus labores, tampoco será calificado como teletrabajador. Ahora bien, a ello se suma un segundo círculo de exclusión. Sería el caso de prestaciones que cumplen con las singularidades descritas, sin embargo, su presencia es solo marginal o esporádica. Faltaría la habitualidad.

(2) “La comunicación del teletrabajador con la empresa puede ser esporádica o puntual, o bien continua mediante una conexión informática en tiempo real y, en cualquier caso de los anteriores, no tiene por qué ser bidireccional” (De las Heras, 2016, p. 56). Sobre ello, véase “El trabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas” de Aránzazu De las Heras García (2016). Asimismo, para una exposición sobre la conexión *on line* y *off line*, véase “El Teletrabajo: notas sobre su noción, calificación y régimen jurídico, en Derecho del Trabajo (Tendencias Contemporáneas)” de Wilfredo Sanguinetti (2013, pp. 107-108).



Entonces, ¿cómo se concreta la habitualidad o regularidad en el teletrabajo? Ni la Ley ni el Reglamento lo especifican. Con lo cual, serán los jueces los llamados a especificar este concepto legal indeterminado. Sobre el particular, algunos comentarios:

- a) La condición de habitual o regular de la prestación de servicios singular en el teletrabajo, me ayuda a diferenciar esta figura de un contrato de trabajo ordinario o de un trabajo a domicilio. En el primer caso, las horas de labor prestadas en el domicilio del trabajador o el lugar que él designe son insignificantes, por lo que el contrato de trabajo será uno ordinario (sujeto a régimen laboral general o especial, según corresponda) en la medida que el empleador decide con preponderancia el lugar de trabajo. Aquí, la habitualidad servirá para establecer la frontera entre un teletrabajo parcial⁽³⁾ y el contrato de trabajo ordinario. Sería el supuesto de un profesor de universidad que dicta todas sus clases presenciales y solo tres horas a la semana puede trabajar desde su domicilio. No queda duda que su contrato es un contrato de trabajo ordinario, sin que se pueda calificar como teletrabajador.

De otro lado, hay un segundo caso más complejo. ¿Qué pasa si el trabajador cumple su labor desde su domicilio y mezcla en los resultados de su trabajo algunos de tipo material y otros inmateriales? Donde los resultados de tipo inmaterial son insignificantes. Habría un trabajo a domicilio (artículo 87 LPCL). Sería el supuesto de un trabajador que, desde su domicilio, hace impresiones publicitarias para una empresa que funciona en todo el Perú y que también se encarga de hacer los diseños virtuales que luego se imprimen. La entrega y aprobación de los diseños virtuales se hacen por plataformas digitales, mientras la entrega de las impresiones es física. Además, la empresa entrega los materiales y una máquina de impresión, por lo que existe subordinación. Creo que aquí la frontera hay que trazarla con el trabajo a domicilio. Será trabajo a domicilio, si los resultados materiales del trabajo son predominantes (por su habitualidad o regularidad) sobre los resultados inmateriales. En cambio, será teletrabajo, si los resultados inmateriales son predominantes sobre los materiales (que se entregan de forma física). En consecuencia, si como se señala en el caso, los resultados de tipo inmaterial son insignificantes, entonces estamos ante un trabajo a domicilio.

- b) Ahora bien, puestos a realizar la comparación con el fin de medir la habitualidad o regularidad de la prestación de servicios con singularidades propias del teletrabajo,

hace falta sistematizar los parámetros de comparación. Como ya se puso de manifiesto en el comentario anterior, una cosa es comparar la singularidad referida al lugar de la prestación (lugar señalado por el teletrabajador vs centro de trabajo de la empresa) y otra muy distinta cuando se trata de la singularidad referida al uso o no de plataformas y tecnologías digitales para trabajar (resultados materiales vs resultados inmateriales de la labor).

Respecto del lugar en el que se desarrolla la prestación, sea el domicilio del trabajador o sea el centro de trabajo, se debe tomar en cuenta un patrón temporal. No hay otro. La única forma de efectuar la comparación es por días u horas en jornadas regulares o en porcentajes en jornadas irregulares (García, 2012, p. 39). Y habrá que determinar umbrales temporales como para trazar una frontera nítida entre el teletrabajo y el contrato de trabajo ordinario. Como quiera que el trabajador se desplaza al centro de trabajo por horas o días, para realizar labores presenciales, es mucho más sencillo determinar la cantidad de horas o días que trabaja en su domicilio.

Respecto del uso preponderante de plataformas y tecnologías digitales por parte del trabajador en su domicilio, creo que es un poco más difícil encontrar un único patrón de comparación. Podría ser el temporal, en cuanto se calcule el tiempo que el trabajador destina a realizar labores que tienen resultados inmateriales. No obstante, lo temporal es difícil de precisar, en la medida que el trabajador presta su servicio en un lugar lejano al empleador a quien por obvias razones se le complica fiscalizar los tiempos. Pero, también podría usarse un criterio cuantitativo en función de la cantidad de productos de contenido material o inmaterial que produce el trabajador en su domicilio. Más que la utilización

(3) El Reglamento de la Ley 31572, DS 002-2023-TR, admite dos modalidades de teletrabajo en atención a los pesos del trabajo presencial y no presencial. Por un lado, califica de teletrabajo total a aquel "que se acuerda la prestación de labores no presenciales". Por otro lado, califica de teletrabajo parcial a aquel "que se acuerda la prestación de actividades presenciales y actividades no presenciales". Por eso, el teletrabajo parcial es el que más dudas puede dejar y será la habitualidad o regularidad de las labores no presenciales la que incline la balanza a favor del teletrabajo.



de medios de comunicación digitales entre trabajador y empleador (tales como correo electrónico, *WhatsApp*, fax, etc.), ya que puede existir teletrabajo *on line* u *off line*, lo que debe resaltar es la cantidad de trabajo invertida para lograr productos de contenido material o inmaterial (a través del uso de plataformas y tecnologías digitales) (García, 2012, p. 44). Claro que también habría que delimitar un módulo temporal (diario, semanal o mensual) para hacer la comparación de cantidades, con el fin de apreciar la regularidad o habitualidad⁽⁴⁾. Por ejemplo, si el trabajador entregó al empleador 20 diseños de logos digitales en un mes y 10 banner impresos con esos logos, está claro que la utilización de TIC en su labor es habitual o se realiza con frecuencia. En este caso, sería un teletrabajador. Lo importante es que el teletrabajador escape al modelo tradicional de organización del trabajo.

- c) Cuestión importante es la determinar si la condición habitual o regular de la prestación del servicio en el teletrabajo es de carácter imperativo o discrecional para las partes. En otras palabras, puede ocurrir que las partes consideren la relación jurídica como una de carácter ordinario, cuando en realidad cumple con los requisitos, incluida la habitualidad o regularidad, para ser calificada como de teletrabajo. Entiendo que es un precepto imperativo y que las partes no pueden pactar en su contra. Entiendo también que este es un terreno abonado para la aplicación del principio de primacía de la realidad. Más allá de lo que los sujetos del contrato dicen que ocurre, el derecho prefiere lo que efectivamente sucede en los hechos. Por eso, el juez estaría en la obligación de declarar la presencia de un teletrabajador. Eso sí, hay que diferenciar las hipótesis del teletrabajo fraudulento, donde el teletrabajador tiene esta calidad desde el inicio de la relación laboral, del teletrabajo sobrevenido, donde el teletrabajador adquiere esa calidad durante la existencia del contrato.

4. Sector público y privado

Como se dijo desde el inicio, el teletrabajo es una modalidad especial del contrato de trabajo. No crea un tipo especial de trabajador, excluido de las regulaciones laborales de carácter general o especial. Por el contrario, el teletrabajo se aplica por la naturaleza particular de la prestación de servicios a todo trabajador sin importar su régimen laboral.

Del mismo modo, tampoco importa el tipo de empleador que utiliza prestaciones laborales en teletrabajo (artículo 2.2 Ley 31572). Podría ser el Estado, como empleador, o cualquier institución privada, sujeta al régimen laboral de la actividad privada. En el caso del Estado, podemos tener teletrabajadores en el régimen laboral 276, 728, CAS o trabajadores pertenecientes al régimen del servicio civil. A los teletrabajadores se les aplica su propia Ley de Teletrabajo – Ley 31572, que regula aspectos específicos de este tipo de relación, pero además mantienen los mismos derechos que les reconoce cada régimen laboral a los trabajadores presenciales (artículo 6.1 Ley 31572). Asimismo, la Ley 31572 establece diversas disposiciones a fin de que el teletrabajo se extienda en el sector público.

5. Trabajo remoto obligatorio

La experiencia acumulada durante el periodo de pandemia aconseja que el teletrabajo en ciertas circunstancias se imponga por el empleador, al margen de la decisión de las partes. Sin embargo, esto solo debe ocurrir por un plazo de tiempo adecuado que permita superar los problemas que surgen a propósito de dichas circunstancias especiales.

El artículo 17 de la Ley 31572 permite que el empleador imponga el teletrabajo en dos circunstancias: (i) en circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, cuando el teletrabajo permita asegurar la continuidad del servicio, y (ii) en estado de emergencia, cuando la declaración de la emergencia requiera que los servicios brindados se realicen a través de teletrabajo. En ambos casos, será el empleador quien decida imponer el teletrabajo y para ello debe evaluar la idoneidad de esta modalidad para cada puesto. Además, el teletrabajo en estas circunstancias se somete a condición resolutoria, porque concluidas las circunstancias que dieron origen a la

(4) Es preciso poner énfasis en que el teletrabajo no se define por el medio de comunicación que elijo, sino por el hecho de utilizar TIC al momento de realizar mi labor. La comunicación con el empleador para entregar el resultado de mi labor es solo un medio de traslado de la información. Lo que define el teletrabajo es trabajar con plataformas o medios digitales, ya que solo de esa manera puedo obtener como resultados de mi trabajo productos inmateriales traducidos en bytes (no en átomos). Por ejemplo, un traductor de textos que trabaja desde su domicilio y que utiliza Word para hacer su trabajo, será teletrabajador si envía el texto resultado de su labor como un pdf. Si lo imprime en hojas y luego lo envía por correo a su empleador, a pesar de que trabajó en un procesador de Word, no sería un teletrabajador ya que el resultado de su labor no es inmaterial.



aplicación del teletrabajo, el teletrabajador retorna a la situación de presencialidad anterior (artículo 17 Ley 31572).

Por último, aunque el artículo 17 solo se refiera a puestos de trabajadores que utilizan plataformas y tecnologías digitales en la realización de sus labores inmateriales, considero que esta disposición debe aplicarse analógicamente a los casos de puestos de trabajadores cuyas labores tienen como resultado productos materiales y, por ello, no encajan en el teletrabajo. Estos últimos, en los casos de circunstancias especiales como las descritas en el artículo 17, deben ser derivados hacia el trabajo a domicilio.

6. Convenio 177 OIT: trabajo a domicilio

El Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo, denominado Convenio sobre trabajo a domicilio, establece los siguientes requisitos para hablar de contrato de trabajo a domicilio:

- Trabajador labora en su domicilio o en otros locales escogidos por el trabajador. No pueden ser locales del empleador.
- A cambio de remuneración.
- Con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador.
- Organiza y sanciona empleador (subordinación). Controla o supervisa de manera mediata e inmediata.

Como se puede apreciar, este concepto de trabajo a domicilio es tan amplio, que bien puede afirmarse que abarca también al teletrabajo. El Convenio 177 OIT es una regulación que, en realidad, abarca a todas las formas de “trabajo a distancia”(5). Los términos pueden llevar a confusión, ya que en la legislación peruana contamos con dos regulaciones diferentes, tanto para trabajo a domicilio como para el teletrabajo propiamente dicho. Quizá más adelante sea necesario regular en un convenio cada modalidad específica del fenómeno “trabajo a distancia” y quizá, en ese momento, se emitirá un convenio sobre la realidad particular del teletrabajo.

7. Normas particulares sobre la voluntariedad del teletrabajo

Una de las características del teletrabajo es su voluntariedad. Las dos partes deben estar de acuerdo en crear una relación de teletrabajo, en la medida que el vínculo jurídico que se establece

en el trabajo siempre es libre. De otro lado, las dos partes también deben estar de acuerdo en modificarla durante su ejecución. Ya sea para pasar a un trabajador ordinario/presencial a la modalidad de teletrabajo o, al revés, pasar a un teletrabajador a trabajador ordinario/presencial.

En ambos casos, considero que estamos ante un cambio de modalidad contractual y, por tanto, se requiere acuerdo de partes. No estaríamos frente a una modificación sustancial o esencial de la prestación de servicios, ya que no se trata de un simple cambio de condición de trabajo al interior del mismo contrato. Por eso, no es posible que una de las partes, de modo unilateral, modifique de manera radical la modalidad contractual. ¿Para qué existe contrato, si una de las partes puede dejar sin efecto el mismo contrato? Por eso, el cambio de modalidad contractual solo puede realizarla el acuerdo de partes⁽⁶⁾.

Este principio de voluntariedad, que se resume en la necesidad del consentimiento del trabajador para entablar una relación de teletrabajo, se reconoce en el artículo 10 de la Ley 31572. No obstante, llama la atención que, tras reconocer este principio, el legislador peruano ha admitido las modificaciones sustanciales solo a favor de la decisión unilateral del empleador. Al trabajador le prohíbe convertirse unilateralmente en teletrabajador. Fijémonos en el artículo 9.3 de la Ley 31572 que señala lo siguiente:

El trabajador o servidor civil o teletrabajador puede solicitar al empleador el cambio de modalidad de la prestación de sus labores, de forma presencial a teletrabajo, o viceversa, el cual es evaluado por el empleador, pudiendo denegar dicha solicitud en uso de su facultad directriz, debiendo sustentar las razones de dicha denegatoria.

Es decir, la modificación sustancial pedida por el trabajador solo procede si hay acuerdo tanto del trabajador como del empleador.

-
- (5) En el mismo sentido, para más información sobre el análisis de la legislación española y el Convenio 177 OIT, véase “El teletrabajo transnacional en el ordenamiento español: aspectos controvertidos” de Julia Dormido Abril (2023, p. 15).
- (6) En la misma línea, aunque dejando en claro que no se trataría en puridad de una modificación esencial o sustancial de condiciones sino de una modificación de modalidad contractual, destaca la opinión de Tino Vargas. Para ello, véase “La respuesta del ordenamiento laboral peruano frente al teletrabajo” de Tino Vargas Rashio (2010, p. 64).



Ahora bien, si el que pide el cambio es el empleador no se requiere acuerdo de partes. Basta con la decisión unilateral del empleador. Al respecto, el artículo 9.4 de la Ley 31572 señala lo siguiente:

El empleador, excepcionalmente, en uso de su facultad directriz y por razones debidamente sustentadas, puede variar la modalidad de la prestación de las labores de presencial a teletrabajo, o viceversa, garantizando que el teletrabajador o trabajador o servidor civil contará con la capacitación adecuada, las condiciones de trabajo y las facilidades necesarias para la prestación de labores.

Aquí, el empleador haciendo uso de su facultad directriz y alegando razones que no se tipifican, puede convertir a un trabajador ordinario/presencial en un teletrabajador o viceversa. No hay límite alguno⁽⁷⁾, salvo el límite formal de los diez (10) días hábiles de preaviso a que se refiere el artículo 9.5 de la Ley, en la medida que basta su decisión unilateral para ejecutar el cambio de modalidad. Es verdad, que el trabajador puede impugnar la medida ante los tribunales judiciales, alegando que no es una medida excepcional, lo cual siempre es muy discutible, que no hay razones suficientes, que no hay capacitaciones o inducciones adecuadas o que no se ofrecen los equipos o herramientas necesarias para prestar el teletrabajo. Lo cual hace muy precaria la postura de defensa del trabajador.

Este despropósito normativo en el que incurre el legislador peruano no puede ser sustentado desde el carácter reversible del teletrabajo. El artículo 3.2 de la Ley 31572 afirma el carácter voluntario y reversible del teletrabajo; sin embargo, ni la ley ni el reglamento han regulado la garantía de reversibilidad. Lo reversible supone que el contrato pueda volver a un estado o condición anterior. Esto sucede cuando el trabajador presencial pasa a ser un teletrabajador y luego regresa nuevamente a ser trabajador presencial. Entonces, el teletrabajo puede ser reversible, si el trabajador retoma su régimen presencial en la medida que vuelve a su situación original⁽⁸⁾. De ahí que, la garantía de reversibilidad sea un derecho del teletrabajador⁽⁹⁾,

que la jurisprudencia debe ir perfilando ante el silencio legal. Las razones que sustenten la reversibilidad pueden ser diversas, por ejemplo, porque se produce una crisis organizacional por el teletrabajo o porque el trabajador no se adapta a los requerimientos del trabajo a distancia. Aquí, si habría reversibilidad del teletrabajo, por lo que solo faltaría regular tiempos razonables para dejar sin efecto el pacto de teletrabajo con problemas de efectividad en su ejecución⁽¹⁰⁾.

Es evidente que al legislador peruano no le interesa regular la reversibilidad del teletrabajo porque los poderes de modificación que ha otorgado al empleador son mayores y exclusivos. En este sentido, si el empleador puede convertir a un teletrabajador en un trabajador ordinario/presencial, solo con el ejercicio de su poder directriz, entonces no necesita de la reversibilidad del teletrabajo. Ahora bien, por el lado del teletrabajador la ley menciona la reversibilidad, pero luego la niega cuando prohíbe que el teletrabajador unilateralmente regrese a ser un trabajador presencial. Creo que, en este caso, los jueces y los convenios colectivos de trabajo son los llamados a construir el ámbito de aplicación de la reversibilidad cuando la demande el teletrabajador⁽¹¹⁾.

Finalmente, el legislador también faculta al empleador a modificar unilateralmente la prestación de servicios presencial a una de teletrabajo, cuando se favorezca a personas pertenecientes a grupos vulnerables, tales como personas con discapacidad, gestantes, madres en periodo de lactancia o de personas

-
- (7) El Reglamento de la Ley 31572, muy tímidamente, establece que el cambio de modalidad de teletrabajador a trabajador presencial o viceversa no puede afectar la dignidad del teletrabajador. Sin embargo, este límite es tan genérico que poco o nada ayuda.
- (8) En el mismo sentido, Aguinaga entiende que "la reversibilidad aparece cuando el teletrabajo tiene origen derivado, es decir, cuando una relación laboral presencial muta a esta modalidad. Sobre esa base, reversibilidad significa la posibilidad de retrotraer el vínculo de trabajo a una modalidad presencial" (2020, p. 37).
- (9) Para mayor información, sobre la reversibilidad como una garantía de los teletrabajadores, véase "El Teletrabajo: notas sobre su noción, calificación y régimen jurídico, en Derecho del Trabajo (Tendencias Contemporáneas)" de Wilfredo Sanguinetti Raymond (2013, p. 115).
- (10) En la legislación uruguaya, se permite la reversibilidad cuando la modalidad de teletrabajo se haya acordado luego de iniciado un vínculo presencial. En este caso, el teletrabajador tendrá derecho a retornar a la modalidad presencial dentro de los noventa días de iniciado el teletrabajo, previo aviso a la otra parte con una anticipación no inferior a siete días. Como se ve, en Uruguay, es un derecho unilateral del teletrabajador cuando éste se da cuenta que el cambio de modalidad no funciona correctamente (Garmendia, 2023, pp. 69-70).
- (11) Para analizar una interesante descripción de cómo los convenios colectivos españoles han regulado la reversibilidad como garantía de los derechos de los teletrabajadores, véase "El trabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas" de en Aránzazu De Las Heras García (2016, pp. 91-95).



que tienen a su cargo el cuidado de niños u otras personas con enfermedades graves que requieran de cuidado especial (artículo 16 y 17 Ley 31572). Me parece una medida importante de inclusión social, y de ajuste razonable para el caso de personas con discapacidad, que solo puede utilizarse para pasar del régimen presencial al teletrabajo y no al revés. Se entiende que una vez que termina la razón que genera el cambio al teletrabajo, también debe regresar el trabajador a su puesto original. Por ejemplo, este sería el caso de una madre gestante que pasa a prestar servicios como teletrabajadora, pues al dar a luz a su bebe estará en condiciones de volver a su trabajo presencial. Esto se deduce del hecho de que el teletrabajo debe favorecer siempre al trabajador, nunca lo puede desfavorecer o mantener contra su voluntad en el teletrabajo.

8. Normas particulares en la determinación de la prestación del servicio en el teletrabajo

El contrato de teletrabajo se rige por las normas generales del acto jurídico, básicamente de naturaleza civil. El artículo 140 del Código Civil peruano señala que la prestación debe ser determinada, con el fin de evitar la invalidez del contrato. Esta determinación, desde el plano laboral, implica que la prestación de servicio debe individualizar el lugar, las funciones y el tiempo de disposición. En esa línea, veamos qué particularidades tiene la determinación de estas condiciones de trabajo desde la legislación del teletrabajo.

- a) Determinación del lugar: La idea más firme que aporta la legislación laboral es que el teletrabajador decide exclusivamente el lugar de ejecución de sus labores. Tanto así que puede designar su domicilio como lugar de ejecución de la prestación, como otro lugar. Y tanto así que debe dar cuenta a su empleador de su decisión, antes de iniciar la ejecución del contrato.

Me queda claro, como ya se dijo, que esta lógica legal excluye toda posibilidad de que el empleador unilateralmente elija el lugar de prestación de servicios del teletrabajador. Es evidente que el empleador no puede elegir los centros de trabajo de su empresa como lugar del teletrabajo, porque además de estar prohibido literalmente por ley ello

implica desaparecer el trabajo a distancia, pero también queda prohibido que el empleador decida otro lugar, aunque se mantenga la distancia de los centros de trabajo de la empresa. Por ejemplo, alquiler de oficina para el teletrabajador. Ahora bien, se plantea un problema interpretativo aparente, cuando se dice que las partes pueden designar un lugar distinto al domicilio del teletrabajador en el contrato⁽¹²⁾. Creo que es un problema aparente, porque las partes no pueden decidir nada en el contrato. Según la Ley 31572, el que decide siempre es el teletrabajador. De esta forma, el contrato no puede contradecir la ley a riesgo de ser considerado nulo. Me explico, da igual que el lugar especificado en el contrato sea por ejemplo un telecentro, pues el teletrabajador podrá prestar su prestación desde ese telecentro como desde su domicilio o cualquier lugar que decida con la única limitación de que avise a su empleador con una anticipación de cinco (5) días hábiles⁽¹³⁾. Y ello, porque la ley lo faculta. Es más, entiendo que la razón de ser de la regulación del teletrabajo es que al empleador lo que le interesa es que se cumpla la labor, al margen de dónde se desarrolle.

Finalmente, quiero hacer un pequeño comentario respecto a la imposibilidad de que el empleador ejerza el *ius variandi* para modificar el lugar de ejecución de la prestación del teletrabajador. Dado que la ley excluye al empleador de la determinación del lugar, debemos entender que esa exclusión abarca tanto el inicio como toda la relación laboral. Recordemos que el único que puede determinar el lugar donde se ejecuta la prestación de servicios es

(12) Aunque referida a la legislación española, discrepo de la opinión de De Las Heras, en cuanto señala que “Pese a que en la formulación legal de la figura el lugar donde se realiza la prestación de servicios será el domicilio o el elegido libremente por este, esta opción no siempre es una decisión discrecional del trabajador, ya que puede provenir de un acuerdo entre el trabajador y el empresario o bien ser una imposición de este último (trabajo en telecentros)” (2016, p. 120).

(13) La obligación de avisar no tiene nada que ver con razones organizativas del trabajo, sino con razones de protección de la vida y salud del teletrabajador. En estos casos, una vez comunicado un nuevo lugar de ejecución de la prestación, el empleador deberá realizar de inmediato (en el plazo de los 5 días hábiles) la identificación y prevención de riesgos del nuevo lugar de trabajo designado por el teletrabajador. No obstante, lo recomendable para ambas partes es que el domicilio siempre figure en el contrato, así como los demás lugares donde el teletrabajador puede elegir libremente trabajar, con el propósito que el empleador evalúe los riesgos del trabajo de los distintos lugares desde donde el trabajador libremente elegirá prestar sus servicios.



el teletrabajador. En este caso, la Ley 31572, al ser ley especial, se impone sobre el artículo 9 de la LPCL, que sirve de fundamento a las modificaciones unilaterales del empleador.

- b) Determinación de las funciones: El contrato de teletrabajo debe especificar asimismo las funciones que desempeñará el teletrabajador. Esto no debería ser muy complejo, si no existiera la obligación de todas las empresas peruanas de determinar cuadros de categorías. Es decir, no basta definir las funciones a desarrollar solo en el contrato, dado que, según las normas peruanas, cada empresa debe encuadrar a sus teletrabajadores en los cuadros de categorías que tengan.

Aunque la Ley 31572 no lo menciona, es muy importante que cada empleador decida incorporar o anexas formalmente a sus teletrabajadores en alguno de sus centros de trabajo, más todavía en casos donde cada centro tenga un cuadro de categoría distinto.

- c) Determinación de tiempo: Las normas laborales generales exigen que se determine la jornada y el horario de la prestación laboral. Tanto la Constitución y la ley establecen que la jornada máxima de trabajo es de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) semanales. Entonces, la tarea de las partes es determinar en el contrato y dentro de los límites máximos, la jornada y el horario específico del trabajador.

El problema que plantea el teletrabajo es que la prestación de labores se puede realizar *on line* o también *off line*. Ello, precisamente, impacta sobre la determinación de la jornada y horario.

En el caso del teletrabajador *on line*, con conexión permanente que permite un control y supervisión del tiempo de trabajo de modo directo e inmediato, no hay mayor inconveniente, pues la jornada se extenderá por el lapso de tiempo comprometido. Por ejemplo, trabajo de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) semanales.

En el caso del teletrabajador *off line*, que ocurre cuando éste no está conectado a un medio tecnológico mientras realiza su trabajo, sí existen mayores inconvenientes. En primer lugar, por efecto de la distancia en que se realiza el teletrabajo, éstos son trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata y, por tanto, no están sujetos a los límites de la jornada máxima⁽¹⁴⁾. No obstante, solo para el caso de los teletrabajadores este problema se puede solucionar con el tope de doce horas en virtud del derecho de desconexión digital⁽¹⁵⁾. En segundo lugar, más allá de las funciones

asignadas al teletrabajador, el empleador le encarga resultados concretos para realizar la labor, en la medida que no puede supervisar sus labores en tiempo real. El cumplimiento de esos resultados, a los que se compromete el teletrabajador, son los que en última instancia definen la cantidad de horas de trabajo que ha de cumplir. Por ello, estos resultados también deberían determinarse en el contrato de trabajo, con el fin de evitar jornadas abusivas o irrazonables en el teletrabajo *off line*. Desgraciadamente, nada de esto menciona nuestra Ley 31572 ni su reglamento.

Por último, que los resultados de la labor *off line* del teletrabajador se incorporen al contrato de trabajo, ayudará a que se cumpla efectivamente el régimen de horas extras previstas en la legislación laboral. De lo contrario, sería muy difícil establecer un marco temporal límite para computar un trabajo extraordinario. Es por eso, que los teletrabajadores *offline* deben saber, con anticipación a la ejecución de su labor, qué resultados u objetivos deben cumplir.

9. Particularidades de la prestación remunerativa

No existen normas particulares en cuanto a las fórmulas de cálculo de la remuneración ni a la estructura remunerativa, simplemente las normas generales sobre remuneración pueden tener aplicaciones particulares debido a la naturaleza propia del teletrabajo.

En cuanto a las fórmulas de cálculo de la remuneración, el cálculo por unidad de tiempo se aplica a las relaciones de teletrabajo *on line*. No obstante, en el teletrabajo *off line* tiene más peso el cálculo de la remuneración por resultados. En este último caso, al estar físicamente separados tanto el empleador como el teletrabajador y desconectados gran parte del tiempo, la única forma de calcular

(14) Este problema de jornadas excesivas que no respetan los límites máximos legales, también lo advierte Jesús Aguinaga Saavedra. Para ello, véase "Teletrabajo y trabajo remoto" de Jesús Aguinaga Saavedra (2020, p. 109).

(15) Digo que se puede solucionar, porque no es claro que la desconexión digital conlleve necesariamente la obligación de no trabajar. Un trabajador puede desconectarse, para que su empleador no le dé más órdenes, pero eso no significa necesariamente que deje de trabajar, pues puede continuar con sus responsabilidades laborales.



la remuneración es a través de la valorización económica de encargos o resultados concretos que el teletrabajador debe cumplir.

En cuanto a la estructura remunerativa, es evidente que la remuneración básica debe ser igual a la que percibe otro trabajador que realice las mismas labores, ya sea teletrabajador o trabajador presencial. Aunque es importante mencionar que puede haber ciertos complementos remunerativos que se pierden en una relación de teletrabajo, como ocurre con el complemento de transporte o movilidad de la casa al trabajo.

Finalmente, los conceptos no remunerativos también se trastocan sin desaparecer. Específicamente, cambian los pesos en las llamadas condiciones de trabajo⁽¹⁶⁾. Los viáticos reducen su monto, sin embargo, las compensaciones de gastos por consumo de internet y de electricidad aumentan y requieren de una regulación específica.

10. Normas particulares en el derecho a la desconexión digital

El derecho a la desconexión digital es un derecho fundamental que consiste en impedir que el empleador pueda comunicarse o dar órdenes a su teletrabajador durante un lapso de tiempo. Considero que la desconexión digital es un derecho constitucional por la vía del artículo 3 de la Constitución peruana, por cuanto es un derecho derivado de la dignidad del ser humano. No es un derecho de rango legal, sino de rango constitucional.

El artículo 12 inciso d) de la Ley 31572 señala que en el contrato de teletrabajo “debe establecerse el horario de desconexión digital diaria, considerando como mínimo 12 horas continuas en un periodo de 24 horas”. Aunque la misma norma señala que el derecho de desconexión digital debe realizarse durante las horas que no correspondan a la jornada de trabajo, es evidente que ello puede lograrse solo en el caso de los teletrabajadores que tienen una jornada fija y por debajo de los límites máximos. No obstante, para los teletrabajadores

off line o no sujetos a fiscalización inmediata, no queda claro si las doce (12) horas de desconexión se pueden realizar en paralelo a la realización de labores. Aparentemente, por lo señalado en el artículo 23.2 de la Ley 31572, los teletrabajadores no sujetos a fiscalización inmediata podrían seguir trabajando, mientras se aplica el derecho a la desconexión digital de 12 horas⁽¹⁷⁾.

Ahora bien, ¿en qué consiste el derecho a la desconexión digital? Esto es muy importante para determinar las sanciones para los empleadores infractores. Considero que la desconexión digital es un derecho que sirve para proteger otros derechos constitucionales como la intimidad y la salud del teletrabajador. Por eso, durante el periodo de desconexión, el empleador debe estar impedido de enviar mensajes, hacer preguntas o dar órdenes. Simplemente, no debe comunicarse con el teletrabajador. Y si lo hace, merece una sanción⁽¹⁸⁾.

Desgraciadamente, la Ley 31572 permite que el empleador envíe comunicaciones, mensajes o dicte órdenes al teletrabajador durante el tiempo de desconexión, ya que la infracción del derecho ocurre si el teletrabajador se encuentra obligado a responder (artículo 22.2). Desde un punto de vista práctico, todos sabemos que, si el trabajador lee una orden de su empleador, tratará de cumplir⁽¹⁹⁾. Más todavía si la propia ley obliga al trabajador a responder en “circunstancias excepcionales”. ¿Quién califica si estamos frente a una razón excepcional? ¿el teletrabajador? El contenido que propone la Ley 31572 para definir el derecho a la desconexión digital es contrario

(16) Sobre condiciones de trabajo en la legislación laboral peruana, véase “Derecho Individual del Trabajo en el Perú” de Elmer Arce Ortiz (2021, pp. 334-336).

(17) El Artículo 22.3 de la Ley 31572 sostiene lo siguiente: “Para los teletrabajadores de dirección, para los que no se encuentren sujetos a fiscalización inmediata y para los que presten labores intermitentes o hubieran distribuido el tiempo de su jornada laboral, se establece un lapso diferenciado de, al menos, doce horas continuas en un período de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral, a fin de que puedan ejercer su derecho de desconexión”.

(18) Compartimos la opinión de Garmendia en el sentido que: “De todos modos, parece razonable interpretar que, estando reconocido al teletrabajador el derecho a no responder dichos requerimientos, la contrapartida lógica será que también habrá de recaer sobre el empleador la obligación de adoptar un comportamiento que no resulte inconsistente y que, por tanto, le sea exigible que se abstenga de realizar ese tipo de solicitudes” (2023, p. 99).

(19) El efecto frente al incumplimiento por parte del empleador del derecho a la desconexión digital no puede ser solo el pago de trabajo en sobretiempo, pues es preciso tener normas que aseguren la efectividad del derecho a la desconexión digital y que no solo compensen económicamente su afectación. Sobre ello, véase “Teletrabajo y trabajo remoto” de Jesús Aguinaga Saavedra (2020, p. 191).



a derechos constitucionales, por lo que considero que debe aplicarse en este caso el control difuso con el fin de inaplicar el mencionado artículo 22.2.

Otra salida es la de interpretar el contenido del artículo 22.2 de la Ley 31572: “El empleador respeta el derecho a la desconexión digital de la jornada laboral del teletrabajador, garantizando que en ese período no esté obligado a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos que fueren emitidas...”. ¿Cómo puede garantizar el empleador que el trabajador no esté obligado a responder? La única forma de garantizar que el trabajador no responda es que la comunicación con el empleador se produzca en medios de comunicación exclusivos de la empresa. Por ejemplo, el empleador le entrega un teléfono celular a cada uno de sus trabajadores. Así, el trabajador podría apagarlo durante la desconexión digital. Ello permitiría que el trabajador se siga comunicando con otras personas, a través de su teléfono personal. En consecuencia, si no entrega medios de comunicación exclusivos a sus trabajadores, entonces no habrá garantizado el derecho a la desconexión digital. Es decir, corresponde imponerle una sanción al empleador.

11. Normas particulares en la dotación de equipos informáticos al teletrabajador y pago de gastos

La Ley 31572 indica, de forma concluyente, que es el empleador el responsable de proporcionar los equipos informáticos. El teletrabajador los recibe y será responsable de su cuidado. Pero, sorprende que el mismo artículo 19 de la ley señale que es posible firmar un acuerdo para que sea el teletrabajador el que aporte sus propios equipos, en cuyo caso el empleador está obligado a compensar económicamente al trabajador. Ahora bien, más allá de quien aporte los equipos, la relación jurídica del teletrabajador seguirá siendo laboral porque existe una dependencia jurídica (en tanto ingresa al marco organizativo del empleador). No obstante, ésta sí es una particularidad del teletrabajo, porque en la mayoría de los casos es el empleador el que aporta los medios de producción.

Lo que vuelve a sorprender es que cuando el teletrabajador aporte el equipo informático, nuevamente el artículo 19 de la Ley 31572 prevé que las partes pacten la exoneración de cualquier pago a cargo del empleador⁽²⁰⁾. Esto sí es grave, porque la teoría

tradicional del contrato de trabajo siempre ha señalado que el empleador es quien asume los riesgos del éxito o fracaso de la actividad empresarial. Aquí parece, más bien, que teletrabajador y empleador comparten dichos riesgos. Sin embargo, si por alguna posibilidad remota el empleador debe pagar la mencionada compensación, la ley no señala nada y el reglamento es muy genérico. Tan genérico que no establece pauta alguna, pues solo se limita a señalar en su artículo 23.2: “En el caso de los equipos la compensación por dicho gasto se realiza en función al valor del bien, para lo cual, se puede tomar como referencia las características de este y su valor en el mercado”. De todo esto se deduce que serán las partes, teletrabajador y empleador, las que decidan el monto de la compensación, con el riesgo de que el empleador imponga las condiciones.

En la misma línea, el empleador de una micro y pequeña empresa, registrada en el REMYPE, no está obligado a aportar los equipos informáticos. Es el teletrabajador el que quedaría obligado, salvo pacto en contrario.

De otra parte, al lado del aporte de equipos informáticos, se encuentran los gastos en que incurre el teletrabajador para el funcionamiento de los mismos. Nos referimos a gastos por conexión a internet y gastos por electricidad. En principio, según la Ley 31572, solo se van a compensar estos gastos cuando el teletrabajador labora en su domicilio. Es decir, los gastos en que incurra eventualmente el teletrabajador como alquileres de locales o espacio de telecentros, no califican como gastos compensables. Por lo demás, esta es una buena razón, para que el teletrabajador determine su domicilio como lugar de ejecución de la prestación.

La compensación de gastos por conexión de internet y de electricidad, debe guiarse por

(20) Formalmente, la ley peruana se adscribe a la postura mayoritaria en la legislación comparada, por cuanto impone la obligación de proveer las herramientas de trabajo y equipos al empleador. Es decir, o bien el empleador provee las herramientas o bien el mismo empleador las compensa. En esta misma línea, se encuentra la Ley 27555 de julio de 2020 de Argentina, la Ley 21.220 de marzo de 2020 de Chile, la Ley 10/2021 de julio 2021 de España o la Ley 83/2021 de diciembre de 2021 de Portugal. No obstante, si en Perú se permite que las partes puedan exonerar de la compensación económica al empleador cuando el teletrabajador aporta las herramientas de trabajo, entonces se podría llegar fácilmente al supuesto de que el teletrabajador aporte sus herramientas de trabajo sin recibir pago alguno del empleador. En este contexto, los sucesivos pactos pueden terminar por vaciar de contenido la obligación del empleador de proveer las herramientas y equipos en el teletrabajo.



las pautas referenciales de montos económicos que ofrece el Reglamento. Los anexos 1 y 2 del Reglamento establecen tarifas que deben respetarse en las compensaciones, sin perjuicio que las partes o los convenios colectivos decidan mejorarlas. Estas compensaciones no son salariales, pues son consideradas gastos necesarios para cumplir con las labores del teletrabajo (condiciones de trabajo).

12. Particularidades de la extinción del contrato de teletrabajo

Respecto al ejercicio de la facultad disciplinaria en el teletrabajo, puede ocurrir que algunas faltas graves no tengan la misma repercusión que pueden tener en una relación de trabajo presencial. Me refiero a faltas graves como las de no asistencia al trabajo, ofensas verbales o físicas o, incluso, daño intencional a los edificios, maquinarias, documentación y demás bienes de propiedad de la empresa⁽²¹⁾.

En cuanto a las inasistencias al trabajo, puede ocurrir que por razones no imputables al teletrabajador no se cuente con conexión a internet. Obviamente, la inasistencia ocurre, por lo que no se paga remuneración⁽²²⁾, pero será justificada. Parece claro que ello, no encaja en un abandono de trabajo. No obstante, más complejo me parece la situación en la que la inasistencia se debe en parte a la negligencia del teletrabajador. Imaginemos que el teletrabajador comunica a su empleador que va a dejar por una semana su domicilio para continuar su trabajo desde el extranjero, sin embargo, cuando llega al otro país no tiene conexión a internet por lo que no trabaja durante esa semana. En este caso, me temo que sí estamos cerca de un abandono de trabajo, ya que el teletrabajador debió ser diligente y explorar con anticipación el nivel de conectividad de la zona donde iba a viajar.

En cuanto a ofensas verbales o físicas, considero que también tienen una significación distinta a la prestación de servicios presencial. Para empezar, no hay agresiones físicas por computadora o medios de comunicación virtuales. No obstante, sí pueden existir ofensas verbales. Ahora bien, lo que configura una ofensa verbal es que se profiera en el seno de una comunidad o basta que suponga una afectación al derecho al honor del empleador sin necesidad que nadie la escuche. Igual pueden ocurrir ofensas verbales mediante redes sociales, que por la jurisprudencia son consideradas faltas graves.

En cuanto a daño intencional, creo que puede aplicarse solo a casos de daño intencional a documentos. Los demás supuestos de la lista requieren la presencia del trabajador en la empresa. No obstante, no queda claro si la destrucción de documentos en papel es lo mismo que borrar un archivo virtual. ¿Los archivos virtuales son documentos? Recordemos, además, que en normas sancionatorias no puedo aplicar razonamiento analógico. En fin, los jueces tendrán que ponderar el caso en concreto, para ver si los hechos se ajustan a las infracciones reguladas en la normativa.

La ambigua aplicación de algunas faltas graves, reguladas en el artículo 25 LPCL, a la modalidad contractual del teletrabajo, ha dado pie a que el legislador se anime a incorporar nuevas faltas graves específicas para los teletrabajadores. La reciente Ley 32102 menciona que “Durante el desarrollo de la jornada laboral, el teletrabajador se encuentra prohibido de abandonar el lugar habitual de trabajo y de realizar actividades particulares”. Se dice, además, que el abandono del lugar o la realización de otras actividades, sin justificación, es una falta disciplinaria grave. No me queda duda de la infracción que comete el teletrabajador cuando realiza actividades distintas a las que exige su contrato en su jornada de trabajo, sin embargo, no todas estas acciones podrán ser consideradas graves. Por ejemplo, publicar un post personal en Facebook durante su jornada de trabajo, es una falta tanto para un teletrabajador como para un trabajador presencial, sin embargo, este hecho no debería ser calificado como grave, sin el debido análisis de proporcionalidad.

13. Comentarios finales

El año 2023, el Ministerio de Trabajo registró 220,000 contratos de teletrabajo. Es decir, cinco por ciento (5%) de los contratos

-
- (21) Para un comentario exhaustivo sobre el listado de faltas graves en el artículo 25 LPCL, véase “Derecho Individual del Trabajo en el Perú” de Elmer Arce (2021, pp. 491).
- (22) La Ley 32102, que modifica el artículo 6 de la Ley de Teletrabajo peruana, ha venido a señalar que “los cortes de suministro de la luz o de servicio de internet debidamente acreditados, no pueden ser motivos de descuento en las remuneraciones del trabajador ni tampoco es objeto de recuperación posterior”.



laborales formales registrados en el Perú. Con esta cifra, el año pasado regresamos a los niveles de prepandemia. Ello, no deja de llamar la atención, dado que el año 2020 se registraron cerca de 1 millón de contratos de teletrabajo.

Los datos abren el debate y la reflexión. Considero que esta llamativa reducción del número de contratos de teletrabajo en el último año puede explicarse desde una cuestión cultural, en la medida que en Perú no se valora el trabajo a distancia como un trabajo productivo. Sin embargo, no puede descartarse que la reducción también pueda explicarse por la negativa de los sujetos laborales de suscribir un contrato de teletrabajo, ya que sienten afectados sus derechos por la legislación. Al ser una modalidad contractual que requiere el consenso de las partes, lo que se espera es que ambas partes se sientan cómodas en la relación de teletrabajo. Como se ha señalado en el presente trabajo, si un trabajador presencial siente que no hay posibilidades de regresar a su puesto de trabajador presencial si no funciona el teletrabajo, entonces es difícil pensar que puede dar este paso. Si el teletrabajador tiene que aportar la computadora para poder trabajar, entonces esto funciona como un desincentivo al teletrabajo.

Referencias bibliográficas

- Aguinaga, J. (2020). *Teletrabajo y trabajo remoto*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Arce, E. (2021). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú* (3.ª ed.). Palestra Editores.
- Constitución Política del Perú [Const.]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Cruz, J. (2021). Aspectos prácticos de la nueva regulación del teletrabajo. *Estudios*

Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social, 1(11), 33-48. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7971436>

De las Heras, A. (2016). *El trabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*. Centro de Estudios Financieros.

Decreto Legislativo 276 [Congreso de la República del Perú]. Decreto Legislativo que promulga la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. 24 de marzo de 1984.

Decreto Legislativo 728 [Congreso de la República del Perú]. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 8 de noviembre de 1991.

Decreto Supremo 002-2023-TR [Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo]. Decreto Supremo que aprueba el reglamento de la Ley 31572, Ley del Teletrabajo. 26 de febrero de 2023.

Dormido, J. (2023). El teletrabajo transnacional en el ordenamiento español: aspectos controvertidos. *Tripalium, justicia social y trabajo decente*, 5(1), 13-37.

García, B. (2012). *El Teletrabajo*. Civitas Thomson Reuters.

Garmendia, M. (2023). *Teletrabajo, estudio del régimen jurídico uruguayo con enfoque comparativo*. La Ley-Uruguay.

Ley 10/2021. Ley de trabajo a distancia [España]. 9 de julio de 2021.

Ley 21.220. Ley que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia [Chile]. 26 de marzo de 2020.

Ley 27555. Régimen legal del contrato de teletrabajo [Argentina]. 30 de julio de 2020.

Ley 31572. Ley de Teletrabajo [Perú]. 11 de setiembre de 2022.

Ley 32102. Ley que modifica la ley 31572, ley del teletrabajo, respecto de los derechos y deberes de los teletrabajadores [Perú]. 22 de julio de 2024.

Ley 83/2021. Ley por la que se modifica el régimen del teletrabajo, se modifica el Código de Trabajo y la Ley 98/2009, de 4 de septiembre, por la que se regula el régimen indemnizatorio de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales [Portugal]. 6 de diciembre de 2021.

Sanguinetti, W. (2013). El Teletrabajo: notas sobre su noción, calificación y régimen jurídico. En W. Sanguinetti (A.), *Derecho del Trabajo (Tendencias Contemporáneas)*, Lima, (1.ª ed., pp. 107-108). Grijley.

Thibault, J. (2000). *El Teletrabajo, análisis jurídico laboral*. Consejo Económico Social.

Vargas, T. (2010). *La respuesta del ordenamiento laboral peruano frente al teletrabajo* [Tesis de grado para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/1614> 



La inteligencia artificial y las relaciones laborales^(*)^(**)

Artificial intelligence and labour relations

Jorge Toyama Miyagusuku^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: La inteligencia artificial está impactando en las relaciones laborales mediante la reducción de puestos, la creación de nuevas posiciones, la utilización de algoritmos en las decisiones laborales, entre otros. Su impacto se manifiesta desde la aplicación de la inteligencia artificial en la selección del personal, la relación laboral misma y su terminación. El presente artículo analizará los conflictos laborales que se derivan de la implementación de la inteligencia artificial, resaltando los puntos de encuentro como desencuentro entre la inteligencia artificial y el derecho laboral.

Asimismo, frente a la falta de regulación jurídica específica, se plantean posibles soluciones empleando el test de proporcionalidad como una herramienta para resolver conflictos laborales vinculados con la inteligencia artificial. Es importante buscar un equilibrio entre la eficiencia empresarial y la protección de derechos fundamentales de los trabajadores. Finalmente, el artículo destaca que los conflictos laborales deben prevenirse con diálogo social y políticas que transparenten la utilización como los efectos de la inteligencia artificial.

Palabras clave: Inteligencia artificial - Conflictos laborales - Derechos fundamentales - Protección de datos personales - Negociación colectiva - Derecho Laboral

Abstract: Artificial intelligence is impacting labour relations through job reduction, the creation of new positions, and the use of algorithms in labour decisions, among other ways. Its impact is evident in the application of artificial intelligence in personnel selection, the employment relationship itself, and its termination. This article will analyse the labour conflicts arising from the implementation of artificial intelligence, highlighting both the points of convergence and disagreement between artificial intelligence and labour law.

Likewise, in the absence of specific legal regulations, possible solutions are proposed, such as employing the proportionality test as a tool for resolving labour disputes related to artificial intelligence. It is crucial to balance business efficiency with the protection of workers' fundamental rights. Finally, the article emphasizes that labour conflicts should be prevented through social dialogue and policies that ensure transparency in the use and effects of artificial intelligence.

Keywords: Artificial intelligence - Labour disputes - Fundamental rights - Personal data protection - Collective bargaining - Labour law

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 09 de octubre de 2024 y su publicación fue aprobada el 4 de diciembre de 2024.

(**) El autor agradece a la señorita Lorena Jimenez Barboza por la asistencia en la preparación de este artículo.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magíster de Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. **Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS**. Profesor Principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad de Pacífico y Universidad de Piura. Director de la revista Soluciones Laborales. Ha sido consultor de la OIT, Cepal y el Banco Mundial. Ex vocal del Tribunal del Servicio Civil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9034-600X>. Correo electrónico: jtoyama@vinateatoyama.com.



1. Introducción

La Inteligencia Artificial (IA) no deja de impactar en nuestras vidas, su crecimiento es vertiginoso, así como la incertidumbre sobre el futuro de la humanidad. Tan vertiginoso que este 2024, el Nobel de Física se ha otorgado a Geoffrey Hinton y John Hopfield, llamados “padrinos de la IA” por sus invenciones en aprendizaje automático con redes neuronales artificiales, es decir, para que las máquinas aprendan y también generen productos originales.

El impacto de la IA se puede apreciar en la vida cotidiana mediante las aplicaciones de traducción inmediata de idiomas, predicción del tiempo, servicios de atención al cliente automatizados y sistemas de reconocimiento facial (Abanto & Duffoó, 2023, p. 82). Igualmente, la IA puede estar generando mayores brechas derivadas del acceso a la tecnología y el déficit formativo en nuevas tecnologías de parte de la población laboral. Sin embargo, esta expansión en su implementación no trae aparejada mecanismos de regulación concretos. Por el contrario, nos encontramos ante un escenario donde los conflictos que ya estamos viviendo, así como los desafíos no encuentran respuestas jurídicas específicas.

La IA está en todo ámbito, está acompañando (y reemplazando en algunos casos) a la humanidad. De hecho, bancos, universidades, centros comerciales o clínicas están implementando la IA, especialmente en sus relaciones con sus clientes. Como consecuencia de ello, se puede apreciar una mejoría en la productividad y la eficiencia de procesos. Naturalmente, se desprenden retos relevantes para las relaciones laborales (Armas, 2021, pp. 85-88) derivado de los efectos en la dinámica diaria laboral. La IA está cambiando las relaciones laborales al modificar las interacciones entre empresas y trabajadores como se ejemplifica en el siguiente caso hipotético:

Un vendedor, con su huella digital, ingresa a la empresa. Reunión híbrida, conectado desde su celular y la Inteligencia Artificial Generativa (GenAI) corporativa comparte las acciones comerciales del día. Mientras visita clientes, ingresa a la plataforma registrando las ventas *on time* y en línea una empresa de logística recibe las reposiciones del día, mientras que las fotos que tomó en su recorrido registran las ventas de la competencia que alimenta la IA comercial de la empresa. Al final del día, no está en el top ten de vendedores y la GenAI le sugiere acciones comerciales y envía una amonestación por incumplir los protocolos de venta.

El vendedor, en la noche, trabaja en acciones innovadoras de ventas. Las implementa al día siguiente con buen resultado, pero sin seguir los comandos de la GenAI de la empresa. Al ser descubierto, es sancionado porque en la empresa solo se puede aplicar la GenAI ¿Estamos preparados para estos conflictos laborales? Las normas actuales no tienen una

respuesta específica a estas controversias. El presente artículo abordará los principales impactos de la IA en las relaciones laborales. Asimismo, compartiremos las respuestas empresariales como sindicales ante el empleo de la IA en el ámbito laboral. Finalmente, se presentará una propuesta regulatoria para atender los conflictos laborales en aras de una gestión responsable como correcta de la IA con el menor impacto negativo posible para las empresas y trabajadores.

2. El impacto de la IA en las relaciones laborales

Antes de abordar en los impactos de la IA en el Derecho del Trabajo, se torna relevante conceptualizar la IA de manera general. Si bien existen diversas definiciones sobre IA, nos guiaremos de la definición desarrollada por la UNESCO: “son sistemas capaces de procesar datos e información de una manera que se asemeja a un comportamiento inteligente, y abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, percepción, predicción, planificación o control” (2021, p. 4). Asimismo, siguiendo la clasificación realizada por Regina Llopis, existen tres tipos de IA: (i) la superinteligencia donde la máquina ha conseguido superar la inteligencia del ser humano; (ii) la inteligencia general donde se busca replicar el razonamiento general del ser humano; y (iii) la inteligencia especial donde se realiza determinadas tareas a un nivel superior al de los humanos (Rázuri, 2023, p. 66).

Según Rázuri, nos encontramos en la etapa de inteligencia especial (2023, p. 66). La IA no solo automatiza tareas físicas, sino que presenta la finalidad de sustituir actividades intelectuales humanas. Podemos visibilizar la IA en los algoritmos, la robótica y en cualquier proceso tecnológico que domine la actividad humana en actividades destinadas para el cerebro (Granados, 2022, pp. 114-116). De la misma manera, el empleo de la IA se puede visualizar en diversas industrias, como, por ejemplo: (i) asistentes virtuales como Siri, Google Assistant y Amazon Alexa; (ii) el desarrollo por parte de Tesla y Waymo de vehículo autónomos; (iii) el diagnóstico médico y análisis de datos genéticos; (iv)



los robots quirúrgicos como Da Vinci y Cyberknife (Abanto & Duffo, 2023, p. 85).

Como lo sintetiza Granados, la IA es un sistema de simulación humana, donde la máquina adquiere la responsabilidad de aprender infinitamente, imitando la estructura de aprendizaje del cerebro humano, almacenando información y datos, y creando sistemas de integración entre ellos (2022, pp. 116-118), hasta superando, sin límites, los niveles alcanzados por la humanidad. El destino laboral, económico y social dependerá de la analítica, los datos y la IA (Irazabal, 2023, pp. 2 y 95). Por ello, es imprescindible empezar a visibilizar los conflictos que se derivan a raíz de la implementación de la IA en los diferentes campos de la actividad humana.

El modelo de las relaciones laborales está siendo transformado por la implementación de la IA. A raíz de ello, se están incorporando relevantes cambios sociales como económicos que están incidiendo en el Derecho del Trabajo y la forma de tutela del empleo (López, 2023, p. 23). La GenAI impacta en el mundo laboral. Pero en pocas empresas existen políticas desarrolladas o acuerdos con organizaciones sindicales. De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo [OIT], el impacto mayor no está en la pérdida apocalíptica de empleo (centrada en labores de apoyo administrativo). La transformación de las funciones laborales y la consolidación de posiciones GenAI son las que están modificando radicalmente las relaciones laborales.

Las empresas están optimizando sin parar, reduciendo plazos y mermas, mejorando sus productos constantemente, disminuyendo costos y batiendo récords de productividad. Sin embargo, la GenAI plantea conflictos, dilemas éticos y retos a los valores organizaciones. El aprovechamiento de la GenAI, también, genera una responsabilidad de las empresas y que supone una regulación que encuentre un equilibrio entre la necesidad de la GenAI y los derechos fundamentales de los trabajadores. Un difícil y delicado equilibrio, ponderando dos derechos (de la empresa y de los trabajadores), determinando los linderos de actuación de la GenAI.

El sometimiento de las decisiones laborales a los algoritmos se traduciría en posibles efectos que impactan en el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores. Otras consecuencias perjudiciales en la implementación del IA serían: (i) el aumento temporal de desempleo; (ii) el incremento de desigualdades (brechas digitales); y (iii) problemas vinculados con la manipulación de datos personales. No obstante, desde otra óptica, la prevención de riesgos laborales se presenta como una oportunidad en la implementación de la IA en el ámbito laboral, así como se abren nuevas especialidades laborales tales como ingeniero de datos, especialista en *machine learning*, ingeniero *fintech*, analista en inteligencia de negocios, etc. En ese sentido, será imprescindible encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos laborales y

el desarrollo tecnológico (Granados, 2022, pp. 122-126). Como se desarrollará más adelante, el impacto de la IA se manifiesta desde la aplicación de la IA en la selección de personal, la relación laboral misma y su terminación.

La utilización de la IA, en el ámbito laboral, representa un nuevo reto que el Derecho del Trabajo debe abordar. El empleo de la IA brinda oportunidades para mejorar las condiciones laborales como incentivar el empleo decente (Rázuri, 2023, pp. 72-73). Pero, hay conflictos laborales que se están generando con la implementación de la IA en las empresas. Ante la falta de regulación jurídica específica, nos centraremos en visibilizar estos conflictos derivados de la relación laboral y desarrollar sus posibles soluciones.

3. ¿La inteligencia artificial sustituirá a los humanos?

La incorporación de la IA impacta significativamente en el empleo. Ciertos puestos de trabajo están siendo sustituidos con sistemas de IA. Sin embargo, otros trabajos requieren una reconversión laboral. La IA se utiliza, para optimizar e integrarse, en la materialización de diversas actividades laborales. También, el empleo de la IA genera la aparición de nuevos puestos de trabajo. Ante esta Cuarta Revolución Industrial, se debe buscar la adaptación y capacitación en estas nuevas tecnologías en el ámbito laboral.

Como señalamos, el empleo de la IA en las empresas está desapareciendo puestos de trabajo en algunas industrias. Según López, la mitad de los empleos de la economía formal será probablemente destruido o impactado de manera relevante. Incluso ciertos sectores están siendo actualmente afectados. La automatización del empleo puede sustituir en el desempeño de determinadas tareas repetitivas (2023, pp. 24-28). Un ejemplo de ello se puede visibilizar en la automatización robótica en la manufactura. En estos casos, las tareas repetitivas y peligrosas son reemplazadas por robots de ensamblaje que son direccionados por la IA.

La IA está siendo empleada en los procesos laborales como su utilización en



(i) la selección del personal, (ii) la preparación de información hasta de mediana complejidad para la toma de decisiones en las áreas de gestión humana y (iii) el análisis del desempeño de los trabajadores. De la misma manera, está siendo implementada en la supervisión como la toma de decisiones de terminación de las relaciones laborales (Rázuri, 2023, pp. 68-69).

El destacado ahorro en los costos y tiempo que implica la aplicación de la IA en los procesos de selección para las empresas ha propiciado un aumento en su implementación. Las evaluaciones automatizadas como entrevistas en forma digital son algunas de las características de estos procesos de selección con IA. Se torna relevante señalar que la investigación llevada a cabo por el *software* Korn Ferry determinó efectos positivos en la aplicación de la IA en los procesos de selección. Su implementación puede llegar a representar una reducción de tiempo invertido de más de un 60% en relación con el proceso de selección de personal tradicional. Asimismo, minimizaría el sesgo humano en un 43% con relación a los procesos de selección sin IA (Pérez, 2023, pp. 190-192).

No obstante, la utilización de los algoritmos para la gestión de recursos humanos dentro de una empresa podría terminar deshumanizando. Los algoritmos basan sus decisiones en una lógica probabilística; por lo tanto, se puede eliminar el factor y la comprensión humana en la adopción de decisiones (Sanguineti, 2024 p. 2). Como señala Pérez, si bien se desprenden efectos positivos en la aplicación de la IA a los procesos de selección como la optimización de los protocolos de selección y la reducción del tiempo invertido, se presentan serios inconvenientes. La automatización de las decisiones en la gestión humana genera la pérdida de puestos de trabajo, pero, a su vez, podría concretar la materialización de discriminaciones a raíz de la existencia de sesgos algorítmicos (2023, pp. 194-195). Para evitar los sesgos de discriminación, es relevante la supervisión humana en el empleo de la IA en los procesos laborales. Las máquinas deben ser un medio para optimizar procesos, mas no un fin en sí mismo ni reemplazar totalmente la compleja y sensible tarea de escoger a los mejores trabajadores de los procesos de selección.

A pesar de que ciertos puestos de trabajo dejan de existir, el elemento humano no será sustituido de manera total por la IA. Surgen nuevos puestos de trabajo: (i) los *trainers* que enseñan a la IA sobre el funcionamiento del cerebro humano; (ii) los *explainers* que, con base a la información compilada por la IA, deciden sobre el negocio; y (iii) los *sustainers* que analizan el impacto no económico de la operatividad de la IA (Rázuri, 2023, pp. 67-73). Como lo indica Irazabal, profesionales del sector como los científicos y los ingenieros de datos supervisan el *Machine Learning* como el *Deep Learning* (2023, pp. 12-13). La IA genera que las empresas inviertan en capacitaciones y

formación continua del personal en aras de que adquieran nuevas habilidades que se adapten a la utilización de la IA.

De manera específica, la utilización de la IA, también, presenta un impacto en los profesionales del derecho. En diversos países latinoamericanos como México, Colombia, Argentina y Brasil se está aplicando la IA en sus sistemas judiciales. Aplicaciones como Expertius, Fiscal Watson, Prometea y Radar⁽¹⁾ son algunos ejemplos de implementación de la IA en los sistemas de justicia referidos (Abanto & Duffoó, 2023, pp. 87-93). También, los estudios de abogados utilizan IA, plataformas como Harvey, Kyra Systems, CoCounsel o Lawgeex no solo se emplean para resumir una sentencia, sino también para analizar un proceso judicial u obtener la mejor jurisprudencia de una infinidad de sentencias, preparar el borrador de un informe con la data primaria brindada, elaborar una presentación sobre un tema complejo o predecir los posibles aumentos salariales en una negociación colectiva.

La IA está transformando el perfil profesional de un abogado. La IA puede realizar resúmenes de sentencias, borradores de demandas y contratos complejos. Puede hasta ayudarnos con la redacción de este artículo. Los abogados pueden optimizar el tiempo y dedicarse al análisis de fondo de un mayor número de sentencias o emplear el tiempo para investigar o la creatividad. Existen características humanas que la IA no puede reemplazar: (i) la valoración de pruebas, (ii) testimonios, (iii) interpretación de las leyes (Irazabal, 2023, p. 2) o (iv) la sensibilidad para brindar una opinión jurídica sobre un caso complejo que requiere conocimiento del perfil de las partes, los temores de un cliente o la experiencia vivida en casos similares que no son públicos o no forman parte de la "fuente de información" de la IA.

Como lo desarrolla Abanto & Duffoó, la justicia laboral peruana presenta una excesiva carga procesal. Frente a ello, la utilización de la IA, como ha sucedido en otros países, se presenta como una posible solución. Se podría utilizar la IA para la gestión de archivos,

(1) Estos sistemas fueron implementados en México, Colombia, Argentina y Brasil respectivamente.



la resolución de procesos iguales o similares, así como la atención de los usuarios. De la misma manera, se puede aplicar sistemas de IA como facilitadores de la conciliación laboral; finalmente, se podría utilizar la IA para realización autónoma de resoluciones de trámite en procesos no contenciosos (2023, pp. 93-98) o, inclusive proyectos de resoluciones en casos iguales o similares, así como preparar posibles proyectos de sentencias sobre la base de la dispersa jurisprudencia. Igualmente, la IA puede generar precedentes aplicables a un caso por resolver, los puntos controvertidos y de encuentros en un conflicto de intereses o hasta un proyecto de solución de la disputa.

Como profesionales del derecho, debemos conocer bien los alcances y limitaciones de la IA para desarrollar aquellas destrezas y conocimientos donde cada persona puede trabajar con mayor facilidad. Como siempre sucede, los cambios y crisis de la humanidad representan también una oportunidad para aquellos que encuentran una forma de trabajo en los nuevos sistemas que se presentan.

4. Los puntos de encuentro y desencuentro entre la inteligencia artificial y el derecho laboral

Siguiendo la línea de lo desarrollado, hay conflictos laborales a raíz de la implementación de la IA en las empresas. Las normas laborales peruanas no regulan la intervención de la IA en el acceso al empleo, la gestión del trabajo y los despidos. Los conflictos laborales se deben solucionar priorizando un delicado equilibrio entre la búsqueda de eficacia del empleador y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Usualmente, la implementación de la IA en las relaciones laborales presenta aspectos positivos en las siguientes áreas: (i) la seguridad laboral; (ii) la flexibilidad de horarios; y (iii) la supervisión del cumplimiento de derechos laborales (Rázuri, 2023, pp. 70-71), así como la supresión de actividades repetitivas y monótonas que no agregan valor. La aplicación de la IA se puede convertir en una herramienta importante para el empresario porque, por ejemplo, permite la determinación como prevención de riesgos laborales (Aguilar, 2020, pp. 290-292). Sin embargo, la utilización de datos personales en el control y vigilancia de los trabajadores se pueden materializar en severas afectaciones a derechos fundamentales de los trabajadores como el derecho a la privacidad.

En esta sección, nos aproximaremos a estos desafíos, mediante la visibilización de puntos de encuentro como desencuentro entre la IA y el derecho laboral. Para tal fin, en aras de presentar un escenario completo sobre lo que está sucediendo en el mercado de trabajo, se desarrollarán los siguientes temas: (i) los despidos y la modificación de condiciones de trabajo; (ii) el empleo de algoritmos en las

decisiones laborales; (iii) la utilización de los datos personales y el control de emociones a raíz de la utilización de la inteligencia artificial; y (iv) finalmente, la inteligencia artificial y las relaciones colectivas de trabajo.

4.1. Los despidos y la modificación de condiciones de trabajo

Aproximadamente, el 40% del empleo mundial se encuentra expuesto a la IA (Cazzaniga et al., 2024). Como lo revela un análisis económico laboral del Departamento de Economía de Oxford y el Banco Mundial: entre 400 y 800 millones de personas serán desplazadas de su puesto de trabajo para el año 2030 (Álvarez, 2017).

De manera específica, cerca del 30% del empleo estaría impactado por la IA en el Perú (FMI, 2024). La incorporación de la IA, en las empresas, ocasionará pérdidas o cambios funcionales de puestos de trabajos. Los puestos de trabajo que se están suprimiendo son aquellos empleos físicos o de acción repetitiva; también, los trabajos donde la IA puede realizarlos con superioridad a la actividad humana (Armas, 2021, p. 85).

La incorporación de la IA en las empresas reduce posiciones laborales y, en otros casos, requerirá el desarrollo de nuevas habilidades digitales para los trabajadores. A raíz de ello, esto puede ocasionar la necesidad de ceses colectivos como se está materializando en ciertas empresas tecnológicas: Google, Microsoft y Duolingo (Cerullo, 2024). Este año Google ha despedido a más de mil empleados en varios departamentos con la finalidad de simplificar y aumentar su productividad en ciertas áreas (Heath, 2024).

Del mismo modo, la empresa Duolingo ha reemplazado a escritores y traductores contratados por la IA. A finales del 2023, la referida empresa ha despedido, aproximadamente, al 10 % de sus empleados (De Vynck, 2024). Otro caso sobre despidos, a raíz de la implementación de IA, es lo sucedido en el departamento de producción artística *The New York Times*. El reconocido periódico informó la eliminación de nueve de los dieciséis puestos de trabajo, en su departamento de producción artística, con la finalidad de aumentar la aplicación de tecnología de IA (Korach, 2024).



La aplicación de la IA está representando reestructuraciones significativas en el ámbito laboral de ciertos sectores. En ese sentido, surge la interrogante de si es posible el despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo. Desde el ámbito peruano, no existe una respuesta clara a esta problemática. La Corte Suprema de la República emitió la Casación laboral No. 21131-2017, donde se utiliza la palabra “automatismo” como motivo de despido colectivo por razones tecnológicas, sin mayor desarrollo. Del mismo modo, la Dirección General de Trabajo emitió las resoluciones administrativas RDG 003-2019/MTP y RDG 003-2013/MTP donde se ha tratado de despidos colectivos a raíz de incorporación de tecnologías, más no de manera específica a razón de la implementación de IA (Armas, 2021, p. 91).

Consideramos que la causal de cambio tecnológico sería el marco para un cese por razones objetivas; es decir, un proceso de terminación colectiva de trabajadores por la implementación de la IA. Estos procesos se podrán materializar garantizando los derechos de los trabajadores, el procedimiento de ley, así como, aun cuando no está lamentablemente en las normas legales, el pago de indemnizaciones equivalentes a un despido arbitrario dada la carencia de protección social en el país ante el desempleo y, antes que ello, de ser posible por existir posiciones vacantes, brindar a los trabajadores la oportunidad de aprender las nuevas habilidades que requiere la IA en la empresa.

La incorporación de las innovaciones relacionadas con la IA desembocará en profundas transformaciones en materia de empleo. Pero, la utilización de la IA no implicará una destrucción masiva del empleo como tampoco permitirá modificar su base jurídica laboral de protección (López, 2023, p. 28). Existirán puestos que no podrán sostenerse por sustitución o cambio de perfil profesional. Sin embargo, en otros casos, la IA implicará una variación en las condiciones laborales. Se requerirá que los trabajadores aprendan nuevas habilidades para adaptarse a esta nueva realidad. La IA puede ser empleada para que el trabajo sea más preciso como especializado; como consecuencia de ello, se mejorarían las condiciones laborales en estos casos. De otro lado, es una obligación de los Estados la capacitación del personal en aras de que se adapten a estas nuevas tecnologías (Rázuri, 2023, pp. 72-73), pero, desde esta perspectiva, en nuestro país se aprecia muy pocos esfuerzos por brindar capacitaciones y formación profesional a los trabajadores.

Se torna necesario seguir un modelo que permita beneficiarse de la aplicación de la IA sin deteriorar el trabajo humano. Se debe buscar una complementariedad entre la relación de la IA y el trabajo humano; de este modo, se debe perseguir una modificación en el modelo productivo, mas no de los trabajadores hasta donde resulte posible (Granados, 2022, pp.126-127). Las GenIA traen consigo brechas digitales,

desafíos para los no nativos digitales y una responsabilidad de las empresas para emprender procesos de formación continua, brindar oportunidades a los trabajadores para que adquieran las nuevas habilidades o puedan reubicarse, así como retar constantemente a la organización para que la creatividad y originalidad humanas sean la fuente de la sostenibilidad y la competitividad.

Las interacciones humanas con la GenAI son críticas. Los casos de sustitución, revisión y participación humana en la mejora de la GenAI son sensibles y complejos, especialmente para evitar que, fruto de la automatización y repetición de procesos, el talento se aleje y los índices de satisfacción laboral entren en picada. Hay nuevos retos para las empresas en la retención del talento, la rotación y la búsqueda de la “mejora continua” en medio de la GenAI. Ese es el reto de las mejores organizaciones: encontrar las mejores acciones para cada necesidad, para cada tiempo, para cada trabajador porque, como decía Saint-Exupéry, “lo esencial es invisible a los ojos”.

4.2. El empleo de algoritmos en las decisiones laborales

Los algoritmos se encargan de descifrar los patrones existentes con la información y datos proporcionados y generan un modelo que pueda replicar las mismas reglas implícitas con nuevos datos (Irazabal, 2023, pp. 22, 67). Como lo señala García, los algoritmos se pueden manifestar de las siguientes maneras en las relaciones laborales: (i) la implementación de la lógica algorítmica en la adopción de decisiones de la empresa; (ii) el empleo de los algoritmos en los procesos de selección de personal; y (iii) la utilización de los algoritmos con la finalidad de monitorear a los trabajadores mediante el control y seguimiento empresarial (2023, pp. 89-103).

Si bien la aplicación de algoritmos en las relaciones laborales puede representar la optimización de procesos como la contratación del personal o la prevención de accidentes de trabajo, podría generar impactos serios en los derechos fundamentales de los trabajadores como el derecho a la privacidad y no discriminación. Según Pérez, los sesgos en algoritmos se pueden materializar en los



datos y el diseño. Por un lado, la prescindencia de inclusión de diversidad como representatividad real de ciertos grupos vulnerables en el banco de datos que requieren los algoritmos para su funcionamiento se puede materializar en el sesgo de los datos (2023, p. 202).

La IA puede reproducir los sesgos inherentes al ser humano en sus datos. Si en una consultora de recursos humanos presentan más currículos de hombres, la IA reproducirá este sesgo en la contratación (Irazabal, 2023, p. 5). De manera ejemplificativa, las decisiones automatizadas pueden evidenciar ciertos sesgos a raíz de la prescindencia de representación femenina en ciertos sectores como ocurrió con la empresa Amazon. La utilización de un algoritmo digital, por parte de Amazon, para realizar su proceso de selección personal, desembocó en que el algoritmo sesgó de manera discriminatoria a los currículos presentados por mujeres. La razón se originó en que los datos almacenados por diez años eran de manera mayoritaria de currículos de hombres y el algoritmo terminaba excluyendo de manera automática los currículos de mujeres en el proceso de selección (Pérez, 2023, pp. 201-202).

Por otro lado, la concretización de prejuicios presentados, por los creadores, en el diseño de los algoritmos se puede materializar en decisiones sesgadas (Pérez, 2023, p. 202). Los algoritmos pueden incluir ciertos sesgos en su diseño. La aparente evaluación objetiva en los procesos de selección de candidatos se puede materializar en la perpetuación de sesgos y discriminación (García, 2023, pp. 89-96). Diversos expertos han identificado ciertos efectos negativos en la implementación de la IA en los procesos de selección: la reproducción en los algoritmos de estereotipos que se pueden materializar en discriminaciones inadvertidas. La aplicación de la IA, en los procesos de selección, no está exenta de riesgos y sesgos a pesar de que pueda brindar resultados más objetivos (Pérez, 2023, pp. 188-199).

De manera ejemplificativa, la Relatora Especial sobre Racismo y la Discriminación Racial de las Naciones Unidas comunicó que Paraguay estaba aplicando un sistema de empleo digital que aceptaba la filtración de posibles trabajadores con uno de sus indicadores como la raza. A raíz de ello, al encontrarse el sistema solo en español, se terminó restringiendo el acceso a las personas pertenecientes de una etnia determinada que no hablaban español (Reyes, 2023, p. 33). Como lo refiere Irazabal, el sesgo es inherente al ser humano. Un programa puede presentar sesgos, a pesar de que el programador no se proponga conscientemente a introducirlos en su diseño. A través de la IA, tendríamos la oportunidad de ser conscientes de estos sesgos y poder corregirlos (2023, p. 4).

La garantía de los derechos fundamentales es crucial frente a la toma de decisiones automatizadas por parte de los empresarios (García, 2023, pp. 105-109). Los sesgos son

casi imperceptibles para los postulantes o trabajadores, lo cual dificulta la realización de reclamos u observaciones. No estamos ante un clásico aviso discriminatorio en un diario o en un portal de trabajo con requisitos marcadamente ilegales como sexo, universidad de procedencia, edad, etc. Por ello, es vital un control humano (recursos humanos) para evitar que los sesgos algorítmicos afecten el acceso al empleo. Se debe informar a los postulantes, en el proceso de selección de personal o a los trabajadores sobre la implementación de la IA en los procesos laborales. Esta transparencia algorítmica la podemos encontrar en la denominada Ley Rider de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 23 de octubre del 2024.

Hay aspectos de esta ley que son relevantes de destacar: (i) se presentaron límites al tratamiento de datos personales mediante sistemas automatizados de supervisión; (ii) se exigió transparencia respecto a sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones; y (iii) se estableció la obligación de las empresas de rectificar cualquier decisión vulneratoria de derechos tomada por la IA. Esta es una de las primeras normas que establece límites a la implementación de algoritmos en las decisiones laborales.

En esa misma línea, el Reglamento 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, presenta normas armonizadas sobre IA con restricciones a la aplicación de algoritmos en las decisiones laborales que se tornan relevantes mencionar. Para ello, con base al Anexo III, los sistemas de IA empleados para la contratación, selección de personal, promoción y terminación de relaciones laborales son catalogados como Sistemas de IA de Alto Riesgo. Este grupo, también se encuentra conformado por los sistemas de IA que asignan tareas, monitorean y evalúan el desempeño de los trabajadores.

Frente a ello, se establecen ciertas obligaciones y restricciones en aras de proteger los derechos de los trabajadores mediante un marco que asegure una utilización ética como responsable de la IA en el ámbito



laboral. En ese sentido, es importante resaltar ciertos aspectos. En primer lugar, los sistemas de IA deben ser transparentes y posibilitar una interpretación como utilización correcta de sus resultados. Asimismo, se debe brindar instrucciones claras y completas sobre su utilización. En ese sentido, la información deberá contener las capacidades, limitaciones como riesgos del sistema.

En segundo lugar, es indispensable la supervisión humana de manera efectiva. Para ello, es necesario que las personas responsables presenten la competencia y formación como autoridad necesaria. En tercer lugar, los empleadores tienen la obligación de informar a los trabajadores afectados como a sus representantes sobre la utilización de Sistemas de IA de Alto Riesgo. En ese sentido, será imprescindible una evaluación de manera previa a la implementación con respecto a los impactos en los derechos fundamentales.

En cuarto lugar, será fundamental el cumplimiento de la normativa de protección de datos como la implementación de medidas técnicas y organizativas en aras de proteger los datos personales. Finalmente, los empleadores presentan la obligación de garantizar el uso adecuado como la supervisión del sistema de IA. De este modo, se debe buscar que mediante los sistemas de IA no se materialicen discriminaciones, por ejemplo. Entonces, si se utiliza la GenIA para mejorar la productividad, no debe tomarse decisiones laborales automatizadas basadas solo en algoritmos como promociones, bonos, renovaciones de contratos o despidos. Es necesaria la intervención “humana” para evitar los sesgos y las discriminaciones.

Las empresas deben considerar en las directivas internas los procesos que se implementan y los controles “de calidad” humana en la aplicación de acciones algorítmicas, así como auditorías periódicas y una validación adicional cuando se trata de acciones de impacto como puede ser un despido por bajo rendimiento. Como lo desarrolla Irazabal, existen ciertas maneras de prevenir sesgos en la IA: (i) mediante la incorporación de datos representativos y auditorías; (ii) la implementación de criterios de separación para lograr que las predicciones del modelo no sean dispares; (iii) la elaboración de un plan metodológico que establezca un plan con la finalidad de recolectar, seleccionar como organizar los datos para el modelo; (iv) la incorporación de un equipo multidisciplinario con el objetivo de que pueda identificar los sesgos en la IA; (v) contar con un plan para etiquetar datos; y (vi) la presencia de juristas con competencias técnicas que sepan identificar sesgos (2023, pp. 5-6).

Como hemos visto, la IA puede influir tanto las decisiones de contratación laboral como la atribución de productividad con efectos salariales (Toyama & Rodríguez, 2023, p. 257; Lara, 2020, p. 43). Por ejemplo, antes del inicio de la relación laboral, los empleadores gestionan digitalmente sus procesos de

selección para optimizar sus decisiones. Esto incluye el análisis de datos de potenciales trabajadores a partir de diversas fuentes digitales, como *Instagram* o *LinkedIn*, cuya información puede ser sistematizada por una IA para detectar patrones de conducta y filtrar los currículums de los candidatos (Toyama & Rodríguez, 2023, p. 257). Otro ejemplo son los sistemas de IA utilizados por diversas apps de delivery para establecer los niveles de pago de los repartidores con base en el nivel de oferta y demanda, así como las calificaciones de los usuarios en la plataforma (Lara, 2020, p. 43).

No obstante, como señalan Guaña-Moya y Chipuxi-Fajardo, los algoritmos de IA pueden estar influenciados por sesgos presentes en los datos de entrenamiento, lo que puede resultar en decisiones injustas o discriminatorias en ámbitos como la contratación (2020, p. 927). Como señala Lara, aunque la toma de decisiones automatizadas, con base en sistemas de IA, ha facilitado el procesamiento de grandes flujos de información (2020, p. 42), estas tienen el potencial de afectar de forma considerable los derechos y libertades de las personas, como el derecho a la intimidad o el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación (2020, p. 43). En definitiva, la eficiencia y el ahorro de costes no deben ocultar los riesgos en su aplicación; en ese sentido, se deben plantear sistemas de regulación que garanticen combatir los sesgos o desviaciones de la implementación de IA que generen vulneraciones a los derechos humanos (2020, p. 43).

Finalmente, como se desarrollará más adelante, la negociación colectiva cobra un papel crucial en la regulación del uso de algoritmos, a pesar de que aún no exista una presencia predominante en los convenios colectivos (García, 2023, pp. 118-119). El diálogo social puede permitir una mejor regulación del uso de algoritmos mediante convenios colectivos y tener una mayor legitimidad en su implementación.

4.3. La IA, los datos personales y el control de emociones

A raíz de la implementación de la *Big Data* y la IA, los empleadores pueden recopilar como analizar una amplia cantidad de datos



personales sobre los trabajadores con aras de generar perfiles específicos. Asimismo, esto permite que los empleadores se encuentren en la capacidad de tomar decisiones significativas de manera automatizada. (Montes, 2024, pp. 297-299). Los algoritmos pueden procesar datos vinculados con la relación laboral para contrastarlos con la otra información procesada y llegar a conclusiones. Con base a ello, el algoritmo puede ayudar a tomar decisiones relacionadas con la gestión humana (Toyama & Rodríguez, 2019, p. 262).

Sin embargo, la posible aparición del sesgo algorítmico podría materializarse en discriminaciones contra grupos vulnerables como acentuar las desigualdades existentes. La aplicación de algoritmos en las relaciones laborales se debe materializar respetando los derechos fundamentales del trabajador como su derecho a la intimidad, privacidad y no discriminación. De la misma manera, se debe buscar proteger los datos biométricos de los trabajadores en la implementación de la IA para monitorear las jornadas laborales o el rendimiento de los trabajadores.

Actualmente, hay empresas que utilizan la IA como una herramienta para prevenir accidentes de trabajo y, como medidas preventivas, se terminan incorporando aplicativos y dispositivos para controlar la somnolencia, pulseras de sueño, entre otros. Este es el caso del sistema de monitoreo preventivo de fatiga y somnolencia *LOGIFITY*. Mediante este sistema digital, se controla el sueño y la somnolencia de los trabajadores en aras de garantizar su seguridad y protección. En la misma línea, el *DDM* es un sistema que monitorea el estado de vigilancia de los conductores mediante un seguimiento con base a los movimientos de los párpados. Frente a patrones inseguros, la cámara transmite una alarma con la finalidad de mantener en estado alerta al conductor y prevenir accidentes de trabajo. Estos sistemas de vigilancia y monitoreo de calidad del sueño con IA suelen ser incorporados como parte de las políticas empresariales.

De la misma manera, con el objetivo de mejorar la salud mental y emocional de los trabajadores, se pueden implementar sistemas como *Nexu*. Esta plataforma con IA permite el acceso de manera inmediata y segura de consultas en psicología, medicina y nutrición a los trabajadores. Se busca optimizar el bienestar como productividad de los trabajadores (Farmacosalud, 2024). Un ejemplo de ello es la plataforma colombiana “Bumii” que previene el agotamiento de los trabajadores, mediante el análisis del estado emocional de cada trabajador y, como consecuencia, se puede monitorear el clima emocional de la empresa.

Como se aprecia, la IA está siendo utilizada como herramienta para controlar el rendimiento de los trabajadores y

prevenir accidentes de trabajo. Sin embargo, ¿cuál es el límite a la materialización de este control con IA de los trabajadores? ¿Las pulseras para monitorear el sueño de los trabajadores deben ser usadas solo los días laborables? La respuesta lógica sería afirmativa. Sin embargo, tal vez por la naturaleza que realiza el trabajador se requiera monitorear el sueño desde el domingo en la noche en su casa dado que el trabajador labora el lunes. De manera ejemplificativa, un conductor que trabaja de lunes a viernes deberá empezar la semana laboral sin signos de somnolencia para prevenir accidentes en su jornada laboral y el uso de la pulsera de sueño será necesaria desde el domingo que no es un día laboral.

La naturaleza de la actividad que realizan los trabajadores será la primera aproximación para responder la interrogante sobre los límites a este control y vigilancia de los empleadores con IA. De otro modo, derechos fundamentales del trabajador como el derecho a la privacidad pueden ser vulnerados. La supervisión y el control, en el ámbito laboral, mediante cámaras de seguridad o el denominado GPS, también, deben materializarse en un equilibrio entre la eficiencia empresarial y los derechos fundamentales del trabajador. Para ello, como abordaremos más adelante, la realización del test de proporcionalidad se traducirá como una respuesta a este como a los demás conflictos laborales desarrollados a lo largo de este artículo.

Por otro lado, el control biométrico de los trabajadores mediante sistemas de reconocimiento facial o el uso de huellas dactilares deben materializarse garantizando los derechos fundamentales del trabajador como protegiendo sus datos biométricos. En estos casos, se aplicaría la normativa referida a la protección de datos personales. Con base al artículo 12 de la Ley de Protección de Datos personales⁽²⁾ (en adelante, LPD), el tratamiento de datos personales debe materializarse de acuerdo con los siguientes principios rectores: (i) legalidad, (ii) consentimiento, (iii) finalidad, (iv) proporcionalidad, (v) calidad, (vi) seguridad y (vii) nivel de protección adecuado.

(2) La Ley 29733 comprende los derechos de los titulares, los deberes de las empresas, así como principios y las condiciones que se deben implementar en el tratamiento de los datos personales.



En este sentido, el trabajador deberá ser informado de manera previa sobre la finalidad del tratamiento de sus datos (artículo 18 de la LPD) y si se trata de un procesamiento de datos biométricos, mediante una plataforma con IA, se deberá comunicar el propósito de su implementación al trabajador. Sumado a ello, con base al artículo 23, se puede desprender que el solo tratamiento de los datos personales del trabajador no puede propiciar la adopción de una decisión que propicie efectos jurídicos significativos en contra de él. No se puede tomar una decisión completamente automatizada, como la imposición de una sanción, con el solo sustento de la recopilación de datos personales con IA.

En esa misma línea, como señala el artículo 72 del Reglamento de la LPD, en caso el tratamiento de datos forme parte de un proceso de toma de decisiones sin participación del titular de los datos, se le deberá comunicar a este. En caso de que se utilicen datos biométricos en la aplicación de algoritmos, se torna necesario informar de esta situación a los trabajadores.

La protección de datos de los trabajadores también debe ser considerada y transparentada, no solo por temas legales sino porque es correcto y justo. Estamos ante datos sensibles como rutas de trabajo, huella digital, salud e historia médica, desempeño y rendimiento, etc. En definitiva, se deben establecer protocolos estrictos sobre su uso, estrictamente limitados a la necesidad laboral, así como la mayor reserva sobre la información privada.

4.4. Relaciones colectivas

La implementación de la IA está incidiendo en los sistemas de relaciones laborales como el ejercicio de la autotutela colectiva de los intereses del trabajo asalariado (Sanguinetti, 2024, p. 1). En varios sectores, los sindicatos están ejerciendo acciones colectivas a raíz de despidos por algoritmos y la automatización de miles de puestos de trabajo. Como hemos desarrollado, la utilización de la IA, en el ámbito laboral, genera severos impactos en las relaciones laborales. Como lo refiere Sanguinetti, se puede desprender las siguientes consecuencias en el ejercicio de los derechos de autotutela colectiva: (i) el aumento de la posibilidad de producirse discriminaciones antisindicales sistemáticas; y (ii) la reducción del poder global de negociación de los trabajadores (2024, pp. 4-6).

Frente a este panorama, se torna crucial el fortalecimiento del papel de la negociación colectiva como una forma de control de la IA en las empresas. Como lo refiere García, frente al protagonismo que está adquiriendo la utilización de algoritmos, la negociación colectiva se convierte en un instrumento imprescindible en esta nueva era de cambio tecnológico (2023, p. 118). Asimismo, cabe resaltar que la IA puede ayudar a la propia gestión sindical mediante la creación de cartas, comunicados, cláusulas de convenio colectivo, entre otros. Es decir, la IA puede ser utilizada para la estrategia, gestión, organización o actividades del sindicato.

Si bien se pueden encontrar intereses contrapuestos entre los empleadores y trabajadores, con relación a la implementación de la IA, el diálogo social puede compaginar estos intereses. En países como España, se están pactando convenios colectivos para regular la utilización de IA. Este es el caso del XXIX Convenio Colectivo de la empresa El Norte de Castilla S.A. que reguló el periodo 2021 al 2023. En este acuerdo se establece que la implementación de nuevas tecnologías como la IA deberá ser informada al Comité de la Empresa y si la IA afecta un puesto de trabajo, se brindarán capacitaciones a los trabajadores. De la misma manera, el Convenio Colectivo de *Air Nstrum Training Operations* (2023-2025), mediante su artículo 10, regula la necesidad de informar al Comité de Empresa la utilización de algoritmos de decisión para cualquier proceso laboral.

Mediante convenios colectivos se puede pactar una transparencia de información referida a la implementación de la IA en las empresas. También se pueden establecer otros límites a la utilización de la IA en los convenios colectivos como sucedió en el caso del Sindicato de Guionistas de Estados Unidos (en adelante, WGA) y el Sindicato de Actores de Pantalla – Federación Estadounidense de Artistas de Televisión (en adelante, SAG-AFTRA). El 2 de mayo del 2023, WGA inició una huelga que duró casi cinco meses. Los motivos que suscitaron la huelga fueron el pago de regalías y la falta de regulación del uso de la IA en la redacción de guiones. El 13 de julio de 2023, la SAG-AFTRA se unió a la huelga.

La utilización de la IA preocupaba tanto a la WGA como a la SAG-AFTRA, pues su implementación podría significar la pérdida de puestos de trabajo. Por ello, luego de diversas negociaciones con la AMPTP, que representa a los estudios Paramount, Warner Bros, Discovery, Amazon y Netflix, se establecieron acuerdos colectivos con cambios de condiciones de trabajo (Pequeño, 2023). Es importante resaltar los siguientes aspectos del convenio colectivo firmado con la SAG-AFTRA: (i) el necesario consentimiento por uso de réplica de la imagen o voz del actor creada por IA, inclusive después de su muerte; (ii) la compensación adicional por la



creación y utilización de su réplica en proyectos adicionales; y (iii) cualquier alteración del contenido grabado, por parte del actor, deberá ser explicado y luego autorizado.

Con respecto al convenio colectivo firmado con la WGA, se puede destacar los siguientes aspectos: (i) las productoras no pueden exigir que el escritor utilice *Software* de IA como Chat GPT; (ii) los guionistas podrán optar por utilizar IA, en coordinación con la empresa; y (iii) las productoras no podrán utilizar las creaciones de los escritores para entrenar a la IA generativa. Este caso es uno de los más relevantes hasta el momento sobre la presión sindical y la firma de convenios colectivos que establecen límites preventivos al uso de la IA.

Siguiendo esa línea, la regulación de límites a la implementación de la IA, mediante convenios colectivos, también se puede apreciar en el sector periodístico. Este es el caso del sindicato editorial de *Mashable*, *Lifehacker* y *PCMag* que logró protecciones contra la IA generativa en su convenio colectivo con Ziff Davis. En ese sentido, mediante un acuerdo colectivo se pactaron nuevas condiciones frente a la aplicación de la IA: (i) protección frente al despido y la reducción de salarios por uso de IA; (ii) los contenidos creados por IA deberán tener revisión humana; y (iii) la prohibición de uso de IA simular ser un empleado (Deck, 2024).

Otra experiencia relevante de destacar es el acuerdo de asociación suscrito entre American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (en adelante AFL-CIO) con Microsoft Corp. Este acuerdo es pionero en realizarse entre una organización laboral con una empresa tecnológica global enfocada en tratar temas de IA (Blanchet, 2024). Como parte de sus objetivos principales se presenta la posibilidad de compartir información sobre las tendencias de IA con líderes sindicales y trabajadores. Asimismo, se emplearán las perspectivas de los trabajadores en la implementación de la IA. Por último, se formarán políticas públicas que contribuyan con las necesidades como habilidades de los trabajadores frente a la IA (Blanchet, 2024). En definitiva, se puede desprender el establecimiento de colaboraciones entre empleadores y sindicatos frente a los cambios que implica la utilización de la IA.

Para finalizar, también mediante convenios colectivos se puede tutelar los datos personales de los trabajadores. Este es el caso de la regulación de los denominados “wearables” mediante convenio colectivo. Los basquetbolistas de la NBA suscribieron un convenio colectivo que estableció límites para el uso de *wearables*. Se restringió la utilización de datos recopilados por los sensores a fines deportivos, más no para fines económicos o de negociación contractual (Blanchet, 2024). Además, como parte de las disposiciones acordadas, se crearon comités evaluadores para el uso de estos dispositivos con IA.

Frente al escenario de incertidumbre jurídica, la regulación preventiva de la IA a través de convenios colectivos es una opción que se puede evaluar para que se legitime el uso de la

IA en las relaciones laborales sin descuidar la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores. Se pueden pactar medidas de alcance general que garanticen los derechos de los trabajadores como la prohibición de sistemas de IA que clasifiquen a los trabajadores según sus opciones políticas o afiliación sindical. De la misma manera, se debe buscar proteger el derecho a huelga mediante la prohibición de la materialización del denominado esquirolaje tecnológico (Sanguinetti, 2024, pp. 4-8). O, como mínimo, regular la transparencia en el uso de la IA, así como las consecuencias posibles en las relaciones laborales. Sin embargo, en caso de que no existan sindicatos en la empresa, se torna relevante que los empleadores sean transparentes con los trabajadores sobre el uso de la IA a través de políticas generales.

5. Una posible salida: el test de proporcionalidad

A lo largo de este artículo, hemos visibilizado los diversos conflictos que se generan a raíz de la implementación de la IA en el ámbito laboral. Gran parte de estos conflictos implican la oposición de derechos fundamentales como son el derecho a la libertad de empresa del empleador contra derechos fundamentales de los trabajadores como intimidación, no discriminación, etc. Dependerá de cada caso en específico, los posibles derechos fundamentales del trabajador que se pueden restringir o no con la implementación de la IA. Sin embargo, es preciso mencionar que, en casos como el control de emociones en aras de prevenir accidentes de trabajo, no solo está en la balanza el derecho a la libertad de empresa del empleador: mediante la implementación de dispositivos que busquen prevenir la fatiga en los trabajadores, se encuentra la finalidad de proteger la seguridad y salud en el trabajo.

Estos factores deberán ser tomados en cuenta al momento de realizar el test de proporcionalidad para cada caso en específico ¿Qué es el test de proporcionalidad? El Tribunal Constitucional (TC) peruano ha adoptado el test de proporcionalidad como un principio general del derecho, cuyo origen se encuentra en el artículo 200 de la Constitución



Política del Perú. Este artículo contiene la cláusula del Estado de Derecho, que garantiza la seguridad jurídica y la justicia material (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC, fundamentos 195-197). Este test fue introducido formalmente en la jurisprudencia peruana en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC de febrero de 2003, en la que el TC afirmó que debe aplicarse ante cualquier acto restrictivo de un derecho fundamental y no solo bajo estados de excepción (Grández, 2009, p. 6; Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC, fundamento 195).

El TC tomó como referencia lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán que, a su vez, recogió la estructura planteada dogmáticamente por Robert Alexy (Grández, 2009, p. 9). El establecimiento de una estructura propia ha respondido a cierto “grado de desarrollo y estandarización de la jurisprudencia nacional” (Grández, 2009, p. 11), especialmente, en lo que respecta al derecho laboral. Como señala Arce, la estructura tripartita del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) puede complejizarse en el ámbito del derecho laboral por la contraposición entre el poder de dirección del empleador, sustentado en la libertad de la empresa, y los derechos fundamentales del trabajador (2021, p. 85).

Con respecto a su contenido, se tiene que la evaluación de idoneidad consiste en el análisis de la relación de causalidad entre el medio adoptado y el fin propuesto (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0045-2004-AI, fundamento 38). Mientras que el análisis de necesidad consiste en examinar si existen medios alternativos, menos gravosos, con respecto al derecho fundamental que se estaría restringiendo con la medida. Se trata de una comparación entre medios para determinar si es que el medio hipotético sería igual de efectivo para alcanzar el fin que busca la medida (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0045-2004-AI, fundamento 39). Por último, el análisis de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de intervención en el derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 0045-2004-AI, fundamento 40).

Es preciso señalar que este método no está exento de críticas, pues, como señala Arce, no elimina la subjetividad del operador jurídico, aunque se aplique la metodología que Alexy planteó en la “Teoría de la Argumentación Jurídica” (2021, p. 87). En el ámbito laboral, donde no existe una regulación específica para ciertos conflictos, como los desatados a partir del uso de la IA, el test de proporcionalidad se presenta como una solución efectiva. Por ejemplo, cuando se utilice la IA para el análisis del rendimiento de empleados, el TC podría utilizar el referido test para evaluar la proporcionalidad de un despido basado en una decisión automatizada. Esto implicaría analizar

la idoneidad de la medida para mantener la disciplina laboral; la necesidad del despido frente a otras sanciones posibles; y la ponderación entre el impacto del despido en el trabajador y el beneficio para la empresa.

Veamos otro caso. Para el empleo de la IA en el monitoreo de las rutas de trabajo y velar por la seguridad de los vendedores, el test del TC es útil para analizar que estamos ante una medida idónea, necesaria y proporcional que permite supervisar el trabajo de los vendedores, así como rutas seguras comerciales. Pero, no se cumpliría el test de proporcionalidad si los trabajadores no conocen sobre el uso de la IA, su finalidad o no se establecieran límites como no monitorear en horarios de refrigerio o días feriados.

En suma, consideramos que los conflictos laborales que genera la IA pueden encontrar en el test de proporcionalidad del TC una solución ante la falta de regulación jurídica específica.

6. Reflexiones finales

La utilización de IA, en diversos ámbitos, ha traído consigo numerosos beneficios; sin embargo, también, plantea importantes desafíos éticos. Como señala Lara, el siglo XXI se caracteriza por un notorio aumento de las decisiones automatizadas realizadas por sistemas de IA que, inclusive, sin intervención humana generan efectos considerables en el devenir de las personas tanto en el ámbito político, económico, social y legal (2020, p. 42). Frente a ello, se han planteado diferentes principios jurídicos que deben guiar su desarrollo e implementación: la transparencia, la responsabilidad y el respeto a los derechos humanos (Guaña-Moya & Chipuxi-Fajardo, 2023, p. 924).

La UNESCO señala que desde 2016 más de 30 países han aprobado leyes vinculadas al uso de las IA. En el año 2024, el debate sobre proyectos de Ley en dicha materia ha aumentado en diferentes órganos legislativos a nivel global (2024, p. 4). En Perú, la Ley 31814⁽³⁾ y la publicación del proyecto de su Reglamento⁽⁴⁾ buscan promover el uso de la IA para el desarrollo económico y



social del país. Pero estamos ante disposiciones genéricas, carecen de detalles específicos sobre su aplicación en el ámbito laboral. Como lo señala Reyes, en el ámbito laboral, el proyecto de reglamento se limita a encargar a la Secretaría de Gobierno monitorear el impacto de la IA y enfatiza en los riesgos asociados a la contratación, despido y selección de personal (2024, p. 9). Nos encontramos ante un escenario de incertidumbre jurídica en materia laboral.

Por ello, es imprescindible que se adopte una normativa que aspire a imponer ciertas garantías como limitaciones a la implementación de la IA como está sucediendo en la Unión Europea con su Ley y Reglamento sobre IA. Estas regulaciones presentan un enfoque basado en normas que se centra en las competencias reguladoras del Estado en organismos públicos o privados; es decir, este enfoque reconoce que los organismos de normalización elaboran normas técnicas para la aplicación de normas obligatorias (UNESCO, 2024, p. 26).

Entonces, se pueden imponer prohibiciones como la no adopción de decisiones absolutamente automatizadas sin la intervención humana o el uso razonable de la IA sin afectar los derechos fundamentales de los trabajadores. De esta manera, se preservarían derechos fundamentales como la privacidad y no discriminación de los trabajadores. Mientras el órgano legislativo se encamina en esta tarea, los jueces y la SUNAFIL deberían resolver los casos sobre implementación de la IA en el ámbito laboral buscando un equilibrio en cada caso. La aplicación del test de proporcionalidad del TC se plantea como una posible solución a los conflictos laborales derivados de la aplicación de la IA.

Con respecto a la respuesta de las empresas frente a la implementación de la IA, planteamos que la regulación podría darse a través del propio reglamento interno de la empresa o políticas de trabajo por áreas o procesos. Lo ideal es que pueda ser cocreada, quizás a partir de una propuesta de la empresa, sea socializada internamente, se promueva aportes y foros internos para que se logre lineamientos generales de la GenAI que tienen mayor legitimidad. Una GenAI nacida del compromiso es lo ideal, no de los deberes ni de los procesos impuestos.

Los lineamientos internos deberían contener las competencias y habilidades que se requieren con la GenAI, transparentar los procesos que demandan reconversión, las funciones que deben rediseñarse, puestos que necesitan reeducación permanente, posiciones que demandan habilidades críticas con agilidad, competencias digitales para el aprendizaje y aquellos casos donde, si no hay

chance de reubicación pese a los esfuerzos de capacitación y recolocación, iniciar procesos de salida respetando los derechos laborales y procedimientos establecidos. Los lineamientos deben ser difundidos y actualizados constantemente tanto como la evolución de la GenAI.

Asimismo, la información debe ser compartida con detalle y lenguaje simple. La existencia de foros de explicación, canales de consultas, marchas blancas, etc. son indispensables, especialmente, para la gestión del cambio. La transparencia en la información genera mayor confianza, compromiso y aceptación de las decisiones que se toman a partir de la GenAI. Esta política debería estar enmarcada en la cultura de la empresa, representando una guía ética de actuación, delimitando los casos donde los trabajadores deben utilizar o reportar el uso de la GenAI, resolver las zonas grises, así como un proceso de solución de conflictos.

Para finalizar, como señalamos, la negociación colectiva cobra un papel relevante en la limitación de la implementación de la IA. Asimismo, se puede buscar la protección como garantías imprescindibles para el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores. Los sindicatos deben buscar consolidarse como capacitarse mediante foros, alianzas y reuniones para adecuarse a los cambios que implica esta Cuarta Revolución industrial con la aplicación de la IA en procesos laborales. La transparencia en la información sobre la implementación de la IA a los sindicatos es crucial para encontrar un equilibrio adecuado entre el uso de la IA y los derechos fundamentales de los trabajadores.

El diálogo social debe buscar que los sindicatos formen parte del diseño de las políticas de la empresa que buscan regular de manera interna la implementación de la IA. Es decir, los empleadores deben tomar en cuenta la opinión de los trabajadores mediante el diálogo social sobre la aplicación de la IA.

-
- (3) La Ley que promueve el uso de la Inteligencia Artificial en favor del desarrollo económico y social del país fue promulgada el 5 de julio del 2023.
- (4) El proyecto de Reglamento de la Ley 31814 fue publicado, mediante Resolución Ministerial 132-2024-PCM, el 2 de mayo del 2024.



La IA está impactando las relaciones laborales. Reduce puestos, crea posiciones y exige reconversiones laborales. Los conflictos laborales que se generan deben, preferentemente, prevenirse con diálogos y políticas que transparenten el uso y efectos de la IA y, en caso de que deban resolverse, el test de proporcionalidad del TC sería la herramienta que se emplee para encontrar los equilibrios en cada caso.

La IA es una realidad. Lo estamos viviendo. Los avances de la IA no cesarán, generan incertidumbre, pero también generan oportunidades para la transformación de las relaciones laborales. Todos deberíamos tener una participación para que la IA potencie el desarrollo personal y la productividad de los trabajadores y las empresas. Al final, se trata de que la inteligencia humana tenga como copiloto a la IA para un mundo más justo, más correcto, más respetuoso.

Referencias bibliográficas

Abanto, C. & Duffo, D. (2023). El futuro es hoy: el derecho procesal laboral y la necesaria implementación de la inteligencia artificial. *Laborem*, 21(28), 81-103. <https://doi.org/10.56932/laborem.21.28.3>

Aguilar, M. (2020). El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 262-293. <https://hdl.handle.net/11441/95665>

Arce, E. (2021). Derechos fundamentales en la relación de trabajo: metodología del juicio de ponderación en el derecho laboral. *Laborem*, 13, 85-102.

Armas, C. (2021). La Inteligencia Artificial en empresas peruanas e impactos laborales en los trabajadores. *Iberoamerican Business Journal*, 5(1), 83-105. <http://dx.doi.org/10.22451/5817.1bj2021.vol5.1.11053>

Álvarez, R. (2017, 9 de noviembre). *Entre 400 y 800 millones de personas serán desplazadas de sus puestos de trabajo en 2030 debido a la automatización*. Xataka. <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/entre-400-y-800-millones-de-personas-seran-desplazadas-de-sus-puestos-de-trabajo-en-2030-debido-a-la-automatizacion>

Anuncio de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo sobre el texto del convenio colectivo de la empresa Air Nostrum Training Operations, SLU, para los años 2023-2025. (17 de abril de 2023). *Boletín Oficial de la Provincia de Valencia*. <https://www.convenioscolectivos.net/air-nostrum-training-operations-slu/>

Blanchet, A. (2024, 4 de julio). Estrategias sindicales sobre inteligencia artificial y negociación colectiva de los algoritmos. *Equal Times*. <https://www.equaltimes.org/estrategias-sindicales-sobre?lang=en>

Cazzaniga, M. et al. (2024). Gen-AI: Artificial Intelligence and the Future of Work. *International Monetary Fund*. <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2024/01/14/Gen-AI-Artificial-Intelligence-and-the-Future-of-Work-542379?cid=pr-com-SDNEA2024001>

Cerullo, M. (2024, 25 de enero). Tech companies are slashing thousands of jobs as they pivot toward AI. *CBS News*. <https://www.cbsnews.com/>

[news/tech-layoffs-artificial-intelligence-ai-chatgpt/](https://www.convenioscolectivos.net/el-norte-de-castilla-s-a/)

Convenio Colectivo de la empresa El Norte de Castilla, S.A., 2021-2023 (XXIX). (1 de octubre de 2021). *Boletín Oficial de Castilla y León*. <https://www.convenioscolectivos.net/el-norte-de-castilla-s-a/>

Deck, A. (2024, 16 de julio). Mashable, PC Mag, and Lifehacker win unprecedented AI protections in new union contract. *Nieman Lab*. <https://www.niemanlab.org/2024/07/mashable-pc-mag-and-lifehacker-win-unprecedented-ai-protections-in-new-union-contract/>

De Vynck, G. (2024, 11 de enero). Duolingo cuts workers as it relies more on AI. *The Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/technology/2024/01/10/duolingo-ai-layoffs/>

Directiva (UE) 2024/2831, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas. Diario Oficial de la Unión Europea, L2024/81667, de 23 de octubre de 2024. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81667>

Farmacosalud (2024, 19 de febrero). *Nace una plataforma que aplica Inteligencia Artificial para mejorar la salud mental y emocional de los trabajadores*. <https://farmacosalud.com/nace-una-plataforma-que-aplica-inteligencia-artificial-para-mejorar-la-salud-mental-y-emocional-de-los-trabajadores/>

García, J. (2023). Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 167, 75-126. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/93991>

Granados, J. (2022). Análisis de la inteligencia artificial en las relaciones laborales. *Revista CES Derecho*, 13(1), 111-132. <https://doi.org/10.21615/cesder.6395>

Grández, P. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. M. Carbonell, & P. Gandrez Castro (Eds.), *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, 337-376.

Guaña-Moya, J. & Chipuxi-Fajardo, L. (2023). Impacto de la inteligencia artificial en la ética y la privacidad de los datos. *RECIAMUC*, 7(1), 923-930. <https://www.reciamuc.com/index.php/RECIAMUC/article/view/1135>

Heath, A. (2024, 17 de enero). Google CEO tells employees to expect more job cuts this year. *The Verge*. <https://www.theverge.com/2024/1/17/24042417/google-layoffs-2024-internal-employee-memo-sundar-pichai>



Irazabal, E. (2023). *La inteligencia artificial explicada para abogados*. Editorial La Ley.

Korach, N. (2024, 12 de junio). New York Times Union Urges Management to Reconsider 9 Art Department Cuts as Paper Ramps Up AI Tools. *The Wrap*. <https://www.thewrap.com/new-york-times-union-cuts-art-department-ai/>

Lara, C. (2020). El Algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (155), 41-60. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7801689>

López, J. (2023). Las consecuencias del desarrollo de la inteligencia artificial ante las transformaciones del mercado de trabajo y la creación del empleo. *Laborem*, 21(28), 21-50. <https://doi.org/10.56932/laborem.21.28.1>

Montes, G. (2024). El impacto de la digitalización y de la inteligencia artificial en la privacidad de los trabajadores: desafíos y soluciones. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(1), 287- 317. <https://hdl.handle.net/10630/28240>

Morales, C. (2021). La Inteligencia Artificial en empresas peruanas e impactos laborales en los trabajadores. *Iberoamerican Business Journal*, 5(1), 83-105. <https://doi.org/10.22451/5817.ibj2021.vol5.1.11053>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2021). *Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial*. <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-ethics-artificial-intelligence>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2024). *Consultation Paper on AI Regulation. Emerging Approaches Across the World*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000390979>

Pérez, J. (2023). Inteligencia artificial y contratación laboral. *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, (7), 186-205. <https://doi.org/10.24310/rejls7202317557>

Pequeño, A. (2023, 11 de agosto). Cronología de los 100 días de huelga de los guionistas de Hollywood. *Forbes*. <https://forbes.es/actualidad/324010/cronologia-de-los-100-dias-de-huelga-de-los-guionistas-de-hollywood/>

Rázuri, C. (2023). ¿Avanzamos hacia un trabajo decente? La Inteligencia Artificial como herramienta de mejora para el impulso del empleo decente. *Laborem*, 21(28), 51-78. <https://doi.org/10.56932/laborem.21.28.2>

Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, 12 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 13 de junio de 2024. <https://www.boe.es/doue/2024/1689/L00001-00144.pdf>

Reyes, V. (2023). *Resumen ejecutivo del conversatorio Nuevas tecnologías y derechos humanos: impactos, desafíos y oportunidades en la era de la conectividad digital*. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/193095>

Reyes, V. et al. (2024). *Comentarios generales al Proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley No. 31814, Ley que promueve el uso de la Inteligencia Artificial en favor del desarrollo económico y social del país*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/publicaciones/comentarios-generales-al-proyecto-de-decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-de-la-ley-no-31814-ley-que-promueve-el-uso-de-la-inteligencia-artificial-en-favor-del-desarrollo-economico-y-social-del/>

Sanguinetti, W. (2024). Los dilemas de los derechos colectivos en la era de la inteligencia artificial. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 115, 1-8. <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/wp-content/uploads/2024/07/w-sanguinetti-los-dilemas-de-los-derechos-colectivos-en-la-era-de-la-inteligencia-artificial-trabajo-y-derecho-2024-numero-115-116.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente No. 0010-2002-AI/TC (3 de enero de 2003). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Sentencia recaída en el Expediente No. 0045-2004-AI (29 de octubre de 2005). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente No. 21131-2017 (11 de septiembre de 2019). Corte Suprema de Justicia de la República. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Cas.-Lab.-21131-2017-Lima-Legis.pe_.pdf

Toyama, J. & Rodríguez, A. (2019). Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial. *THEMIS: Revista de Derecho*, (75), 255-266. <https://doi.org/10.18800/themis.201901.018> 



La eficacia personal del convenio colectivo de trabajo: Idas y venidas sobre la extensión unilateral del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados(*)

The personal effectiveness of the collective agreement: Comings and goings on the unilateral extension of the collective agreement

Guillermo Boza Pró()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Joaquín Briones Zegarra(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: La extensión unilateral del convenio colectivo es un tema que ha sido ampliamente tratado por la doctrina y jurisprudencia peruana desde hace más de una década. Al margen de ello, mantiene su vigencia en la medida que aún existe una contraposición de posturas entre dos órganos resolutivos del ordenamiento jurídico laboral peruano. El presente artículo aborda el tema con el objetivo de sentar postura sobre el debate, desarrollando su análisis en tres secciones. En primer lugar, se repasan cuestiones básicas referidas al convenio colectivo como producto negocial, su eficacia jurídica y su eficacia personal relacionada con el criterio de mayor representatividad. En segundo lugar, se detalla la evolución jurisprudencial que el tema ha tenido en las decisiones de la Corte Suprema, como en las del Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL, de forma tal que los autores marcan su posición sobre los argumentos esbozados en cada caso. Seguidamente, se aborda una arista del tema no tan desarrollada, esto es, la posibilidad de que los trabajadores no sindicalizados conserven los beneficios extendidos unilateralmente por el empleador. Finaliza el artículo con unas breves conclusiones sobre lo reflexionado.

Palabras clave: Extensión unilateral del convenio colectivo - Libertad sindical - Principio de igualdad - Representación sindical - Corte Suprema - Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL

Abstract: The unilateral extension of the collective agreement has been widely discussed by Peruvian doctrine and jurisprudence for more than a decade. Aside from this, it maintains its validity to the extent that there is still a contrast in positions between two decision-making bodies of the Peruvian labor legal system. This article

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 6 de septiembre de 2024 y su publicación fue aprobada el 8 de noviembre de 2024.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Profesor principal de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3741-9062>. Correo electrónico: boza.g@pucep.edu.pe.

(***) Abogado egresado y con Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). **Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS**. Jefe de Prácticas en la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5678-9808>. Correo electrónico: joaquin.briones@pucep.pe.



addresses the topic with the purpose of establishing a position on the debate, developing its analysis in three sections. Firstly, basic issues relating to the collective agreement as a bargaining product, its legal effectiveness and its personal effectiveness related to the criterion of greater representativeness are reviewed. Secondly, the jurisprudential evolution that the topic has had in the decisions of the Supreme Court, such as those of the Labour Inspection Court of the National Superintendence of Labour Inspection, is detailed; in such a way that the authors mark their position on the arguments outlined in each case. Next, a rarely touched upon aspect of the theme is developed; that is, the possibility for non-unionized workers to retain the benefits unilaterally extended by the employer. The article ends with some brief conclusions on what has been reflected.

Keywords: Unilateral extension of collective agreement - Freedom of association - Principle of equal treatment - Union representation - Supreme Court - Labour Inspection Court of the National Superintendence of Labour Inspection

1. Introducción: la crónica de un debate (aparentemente) no agotado

Desde hace varios años, se mantiene en nuestro país un debate (que parece no haber terminado), originado en sede judicial, respecto a la eficacia personal del convenio colectivo de trabajo. Desde la entrada en vigor en 1992 del Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT), parecía no haber duda del alcance subjetivo del convenio colectivo, ligado directamente al grado de representación que ostenta el sujeto sindical que negocia y suscribe el respectivo acuerdo. Partiendo de la regla básica de que cada organización representa a sus propios miembros, esto se traduce, en el ámbito de la negociación colectiva, en que el convenio colectivo suscrito por un sindicato con la parte empleadora alcanza únicamente a los trabajadores afiliados a la organización pactante. Esto es lo que se conoce como convenio de eficacia limitada.

No obstante, la LRCT, de modo similar a lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, y como se analizará más adelante, otorga a ciertos sindicatos una representación mayor a la que inicialmente poseen. Esto siempre que, de forma individual o en coalición con otras organizaciones

sindicales, logren afiliar a más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la unidad de negociación correspondiente⁽¹⁾. En tal caso, el legislador utiliza el criterio numérico como parámetro de representatividad para reconocer a dicho sujeto colectivo como mayoritario y más representativo. Este sindicato queda legitimado para negociar en nombre de todos los trabajadores de la unidad correspondiente, excluyendo, en principio, a las organizaciones sindicales minoritarias. El convenio colectivo resultante se aplica a todos los trabajadores, excepto al personal de dirección y confianza, independientemente de si están sindicalizados o no. Este tipo de acuerdo se denomina convenio colectivo de eficacia general o *erga omnes*.

En síntesis, la fórmula de la LRCT, aplicable al sector privado, es la siguiente: un convenio colectivo celebrado por un sindicato mayoritario o una coalición sindical mayoritaria posee eficacia general. En cambio, el convenio colectivo al que arribe un sindicato minoritario goza de eficacia limitada y se circunscribe a los afiliados a la organización pactante.

A fines de la primera década del siglo en curso, algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia⁽²⁾ acogieron el pedido de trabajadores no sindicalizados que solicitaban la aplicación de los convenios colectivos celebrados en sus empresas por sindicatos minoritarios. Así, en sede judicial, se ordenó a los empleadores concernidos extender los efectos limitados de dichos convenios a los trabajadores demandantes, a pesar de no encontrarse afiliados al sindicato, con el argumento de que, en caso contrario, se estaría vulnerando principios como el de igualdad o el de solidaridad. En los hechos, esto supuso otorgarles a los convenios colectivos en cuestión una eficacia personal mayor a la legalmente establecida sin que importase, en cada caso, el grado

- (1) El primer párrafo del artículo 9 del TUO de la LRCT, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, establece que: "En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados". Por su parte, el segundo párrafo del citado artículo señala lo siguiente: "De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos".
- (2) Al respecto, véanse las siguientes casaciones laborales: Casación No. 2864-2009-Lima, Casación No. 602-2010-Lima, Casación No. 10766-2013-Moquegua, Casación No. 11477-2013-Callao, Casación No. 4115-2015-Lima y Casación No. 12597-2014-Cusco.



de representación que ostentaba el sindicato que lo negoció y pactó.

Luego, vinieron resoluciones judiciales de signo contrario. Abandonando la tesis de la igualdad y la solidaridad como sustento de la extensión, estas sentencias entendieron, más bien, que la ampliación de los efectos limitados de un convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados supone una violación del derecho de libertad sindical. Ello, en la medida de que dicho acto puede verse como un claro desincentivo para la afiliación de los trabajadores que no forman parte de la organización sindical, ya que estos “preferirían no afiliarse al sindicato pactante, pues de igual modo gozarán de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato”⁽³⁾. Esto incide de manera directa, en una decisión (afiliarse, no afiliarse o desafiliarse) que los trabajadores deben tomar libremente. Esta segunda posición parecía haber encarrilado el tema en la dirección correcta, pero, en realidad, la primera postura ya había abierto una ventana que facilitó a los empleadores (y muchos de ellos lo hicieron) extender unilateralmente el alcance de los convenios colectivos suscritos con sindicatos minoritarios al resto de trabajadores de sus empresas.

Desde entonces, y hasta la fecha, se sucedieron una serie de sentencias, algunas negando la extensión y otras permitiéndola. En este último caso, se utilizaron fundamentos diversos, bien sea apelando nuevamente al principio de igualdad, a la inexistencia de norma expresa en nuestro ordenamiento que impida el acto empresarial de extensión⁽⁴⁾, o al inverosímil argumento de que la no extensión supondría un atentado contra la libertad sindical negativa de los no afiliados⁽⁵⁾.

En medio de este contexto se llevó a cabo el VIII Pleno Jurisdiccional laboral y previsional del 2019, en el que la judicatura asume, en apariencia, una postura ecléctica, pero que, en rigor, es cercana a la primera posición jurisprudencial que hemos señalado antes. En efecto, si bien el acuerdo adoptado en el Pleno prohíbe “extender los efectos del convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario a aquellos trabajadores que no estén afiliados al mismo”, a renglón seguido permite la extensión cuando “el propio convenio, por acuerdo entre las partes, señale lo contrario en forma expresa o el empleador decida unilateralmente extender los efectos del convenio a los demás trabajadores, siempre y cuando se refieran solamente a los beneficios laborales más favorables para el trabajador”. Es curiosa y contradictoria la

fórmula adoptada por el Pleno, pues carece de sentido establecer una prohibición que puede ser fácilmente dejada sin efecto por la sola voluntad del empleador, poniendo en manos de este una poderosa herramienta de desarme sindical. Estamos, en buena cuenta, ante una prohibición vacía de contenido.

Además, el hecho de que la extensión del convenio colectivo se limite a los mayores beneficios para los trabajadores no sindicalizados, excluyendo las desventajas o cargas, no justifica, en nuestra opinión, la situación descrita. Precisamente, este doble privilegio o trato favorable hacia los trabajadores no sindicalizados es lo que hace cuestionable la extensión: por un lado, se les otorga a estos trabajadores determinadas ventajas establecidas convencionalmente, a pesar de no estar sindicalizados o de no encontrarse dentro del ámbito de aplicación del convenio; y por otro lado, se les exime de las cargas propias de la militancia sindical o de una negociación colectiva, como el pago de la cuota sindical o el canon por negociación, que sí asumen los trabajadores sindicalizados. Esto genera, a nuestro juicio, un tratamiento desigual entre ambas categorías de trabajadores y un desincentivo para la afiliación sindical.

En cualquier caso, nos queda claro que el Pleno en cuestión, lejos de zanjar la discusión, la ha avivado, de forma que hoy el debate enfrenta nuevos escenarios.

El primero de ellos lo encontramos en sede administrativa, concretamente, en la jurisprudencia que sobre el particular ha generado el Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL (en adelante, TFL), y que se contrapone a la posición mayoritaria de la Corte Suprema a favor de la extensión unilateral de los convenios colectivos. Si bien, en un primer momento, el TFL consideró factible la extensión unilateral del convenio colectivo respecto de aquellos beneficios

(3) Casación 12901-2014-Callao. Este criterio fue declarado principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para las instancias judiciales inferiores. En el mismo sentido, véanse las siguientes casaciones laborales: Casación No. 4255-2017-Lima, Casación No. 3676-2015-Callao y Casación 12885-2014-Callao.

(4) Al respecto, véase Casación No. 22865-2021-Lima, al igual que la Casación No. 25309-2019-Lima.

(5) Para mayor información, véanse las siguientes casaciones laborales: Casación No. 20956-2017-Lima, Casación No. 16403-2019-Lima, Casación No. 22237-2018- Del Santa y Casación No. 1283-2020-Sullana.



que “sean susceptibles de aplicación universal”, rápidamente matizó esta posición y de manera reiterada viene rechazando la extensión del convenio por decisión del empleador, calificándola y sancionándola como una práctica antisindical. Incluso ha rebatido, de manera expresa, la postura del VIII Pleno Jurisdiccional laboral⁽⁶⁾ dejando sentado tal criterio como precedente de observancia obligatoria⁽⁷⁾.

El segundo escenario es de orden normativo. El Decreto Supremo 014-2022-TR modificó diversos artículos del reglamento de la LRCT (en adelante, RLRCT), entre ellos, el artículo 28 de la citada norma reglamentaria. Este precepto establece ahora, de manera expresa, la prohibición del empleador de extender, de manera unilateral, los alcances del convenio colectivo a los trabajadores no comprendidos en su ámbito de aplicación, aunque parece dejar abierta la posibilidad de que ello ocurra por acuerdo de partes⁽⁸⁾. Somos de la opinión de que lo que ha hecho la nueva versión del artículo 28 del RLRCT es explicitar el impedimento de extensión unilateral del convenio colectivo de eficacia limitada que comprendía desde un inicio el artículo 9 de la LRCT. En tal sentido, no se trata de que recién a partir del Decreto Supremo 014-2022-TR existe un impedimento para extender unilateralmente los beneficios de un convenio de eficacia limitada, sino que, en todo caso, ya no podrá sostenerse que “no existe en la legislación peruana norma alguna que impida al empleador otorgar derechos similares a los contenidos en un convenio” a los trabajadores que no fueron parte del mismo⁽⁹⁾.

Como se aprecia en esta breve presentación, el tema de la extensión de los efectos limitados del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados ha transitado en nuestro país por un camino azaroso, de marchas y contramarchas, con posiciones encontradas tanto en sede administrativa como judicial, e incluso en el ámbito doctrinal. La mencionada reforma normativa tampoco significa el fin del debate, porque la norma en cuestión ha sido impugnada judicialmente mediante un proceso de acción popular impulsado por el sector empresarial y, a la fecha, el tema no ha quedado resuelto.

En esa medida, la finalidad del presente artículo es analizar distintos aspectos jurídicos vinculados a la eficacia personal o subjetiva del convenio colectivo, así como la posible afectación

de los principios-derechos de igualdad y libertad sindical que pudiera causar la ampliación de sus efectos, por decisión unilateral del empleador, a trabajadores no comprendidos inicialmente en su ámbito de aplicación. Es importante destacar que nuestro objetivo en esta oportunidad se circunscribe únicamente a la extensión unilateral del convenio colectivo y no a otros supuestos en los que la eficacia personal de la norma convencional puede verse modificada.

Con tal propósito, nuestro análisis se divide en tres secciones. En la primera de ellas repasaremos algunas nociones básicas relativas al convenio colectivo como producto negocial, su eficacia jurídica y su eficacia personal relacionada con el criterio de mayor representatividad. En la segunda sección, que consideramos es el eje central del presente artículo, haremos una sistematización de la evolución jurisprudencial que el tema de la extensión unilateral del convenio colectivo de eficacia limitada ha tenido en nuestro país, tanto en las decisiones de la Corte Suprema, como en las del TFL. No se trata de un análisis pormenorizado de cada una de las sentencias judiciales o resoluciones administrativas que sobre el particular se han expedido, sino de señalar las principales líneas de tendencia que en ellas hemos encontrado y, sobre esa base, centrarnos en dos aspectos cruciales de la discusión y fijar nuestra posición sobre ellos, como son los referidos a la vulneración del principio-derecho de igualdad y no discriminación, y del derecho de libertad sindical, que la medida empresarial ocasiona. Seguidamente, sentaremos nuestra postura sobre una arista del debate que no ha sido desarrollada, pero que consideramos relevante mencionar, esto es, la posibilidad de que los trabajadores

- (6) La Resolución 394-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, del 12 de octubre de 2021, dejó abierta la posibilidad de la extensión unilateral del convenio. Sin embargo, con menos de una semana de diferencia, el TFL emitió la Resolución 434-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, del 18.10.2021, en la que rectifica su posición inicial y rechaza de manera categórica la extensión unilateral del convenio colectivo. Posteriormente, la Resolución 640-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, del 13 de diciembre de 2021 se confirma esta postura y en ella el TFL se aparta de la posición establecida en el VIII Pleno Jurisdiccional laboral.
- (7) Al respecto, véase la Resolución de Sala Plena 009-2022-SUNAFIL/TFL.
- (8) El texto vigente del artículo 28 del RLRCT dispone lo siguiente: “En la convención colectiva las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que acuerden siempre que las mismas no establezcan diferencias injustificadas entre los/as trabajadores/as del ámbito o sean contrarias al ordenamiento jurídico. El empleador no puede extender, de forma unilateral, los alcances de la convención colectiva a los trabajadores/as no comprendidos en su ámbito de aplicación”.
- (9) Casación No. 22865-2021-Lima.



no sindicalizados conserven los beneficios extendidos unilateralmente por el empleador. Finalizamos el artículo con unas breves conclusiones sobre los temas analizados.

2. Cuestiones preliminares

Consideramos necesario refrescar algunos conceptos para entender cabalmente cuándo encaramos un caso de extensión unilateral del convenio colectivo de trabajo.

2.1. Eficacia jurídica y eficacia personal del convenio colectivo

Una primera cuestión consiste en distinguir entre la eficacia jurídica y la eficacia personal del convenio colectivo. Empezamos señalando que el convenio colectivo es el fruto de la negociación llevada a cabo por los representantes de los trabajadores y la contraparte empresarial, dirigido a regular los intereses comunes y contrapuestos de ambas partes. Esta facultad normativa reside en el artículo 28 de la Constitución, que reconoce a los trabajadores el derecho a la negociación colectiva, establece el fomento de la misma y otorga fuerza vinculante a los convenios colectivos de trabajo.

Precisamente, desde nuestro punto de vista, la expresión “fuerza vinculante” se refiere no solo a su exigibilidad o carácter obligatorio, sino también a la eficacia jurídica, preponderantemente normativa (Boza, 2024, p. 298) que hoy en día gran parte de los ordenamientos jurídicos le atribuye al convenio colectivo de trabajo; esto es, entenderlo como “una norma creadora de derecho objetivo para los trabajadores y empresarios individuales, al igual que sucede con las normas legales o reglamentarias” (Sala & Albiol, 1989, p. 363). En consecuencia, la eficacia jurídica alude a la calidad de fuente de derecho que posee el convenio colectivo, a su capacidad de establecer reglas generales y abstractas para los trabajadores y empleadores que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación y, como tal, aplicarse de manera automática, imperativa e inderogable sobre las relaciones individuales de trabajo sobre las que incide, según establece el artículo 43, inciso 1 de la LRCT.

Lo anterior resalta la esencia normativa del convenio colectivo, pero no supone desconocer su naturaleza dual o híbrida. Después de todo, por su origen, estamos ante una norma convencional, pues es producto de un acuerdo de voluntades de sujetos colectivos que regula los intereses de quienes estos representan, pero también los intereses de las propias partes contratantes; en este último caso, normalmente, de cara a garantizar el cumplimiento de lo acordado. Por eso, en un convenio colectivo, es posible encontrar cláusulas normativas y obligacionales: las primeras destinadas a regular las relaciones individuales de trabajo, mientras que las segundas se aplican a los sujetos colectivos respecto de los compromisos que estos han asumido entre ellos.

Por su parte, la eficacia personal indica el alcance subjetivo del pacto colectivo, determinado en función de la representación que ostenten los sujetos contratantes. Así, existen dos posibilidades o tipos de eficacia personal: (i) la limitada, cuando el convenio colectivo se circunscribe a los afiliados a la organización pactante, y (ii) la general (*erga omnes*), cuando el convenio colectivo se aplica a todos los trabajadores de la correspondiente unidad de negociación, independientemente de que estén o no sindicalizados. Se sabe, además, que la LRCT opta por un criterio numérico de representatividad para establecer la eficacia personal del convenio. De esta manera, cuando el sindicato que negocie sea el mayoritario, porque afilia a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito, el convenio que se celebre tendrá eficacia general. En contraposición, tratándose de sindicatos minoritarios, el convenio suscrito por dichas organizaciones solo se aplica a sus afiliados, es decir, tiene una eficacia limitada.

Esta distinción entre eficacia jurídica y eficacia personal es relevante, porque, cuando nos referimos a la extensión unilateral del convenio, lo hacemos, específicamente, respecto a la extensión de su eficacia personal, es decir, a la ampliación del alcance subjetivo (por defecto, limitado) de un convenio celebrado por un sindicato minoritario.

2.2. Extensión unilateral y extensión acordada del convenio colectivo

Una segunda cuestión radica en diferenciar la extensión unilateral de lo que podría catalogarse como una extensión acordada del convenio. Para nuestro análisis, entendemos que la extensión consiste en un acto derivado de la voluntad de los sujetos colectivos, que amplía la eficacia personal limitada del convenio.

En este orden de ideas, es posible distinguir dos modalidades de extensión. En primer lugar, la unilateral, en la que es el propio empleador quien decide extender los beneficios logrados mediante negociación colectiva con el sindicato minoritario a los trabajadores no afiliados. En segundo



lugar, la extensión pactada, en la que son ambas partes, sindicato minoritario y empleador, las que acuerdan ampliar el alcance de los beneficios consagrados en el convenio que, en principio, solo resultarían aplicables a los afiliados a la organización pactante, para incluir también a los trabajadores no sindicalizados. Es evidente que, en ambos casos, estamos ante actos de la autonomía privada (individual o colectiva, según corresponda) que terminan alterando las reglas de representación y el alcance subjetivo de los convenios colectivos, previamente establecidas por disposición legal.

Como hemos adelantado, nuestro propósito en esta ocasión se limita a analizar la extensión unilateral, en la medida que nuestra legislación vigente contiene una prohibición expresa de la extensión unilateral por parte del empleador, pero parece permitirla cuando el acto de extensión cuenta con el consentimiento de la organización sindical. Esto no significa que la extensión pactada sea una modalidad libre de controversia, incluso considerando la vocación de homogenización de las remuneraciones y condiciones de trabajo que posee un convenio colectivo y el interés que tienen las organizaciones sindicales de “abarcar y representar a todos los trabajadores” en su respectivo ámbito (Raso & Castello, 2024, p. 402), que parecerían justificarla; pero, por cuestiones de espacio, dejaremos el análisis de esta problemática para otra oportunidad.

No obstante, es oportuno precisar cuándo, desde nuestro punto de vista, estamos ante extensiones aparentemente pactadas, pero que en estricto no lo son. La jurisprudencia, en este caso administrativa, evidencia supuestos en los que, mediante una redacción artificiosa, se introducen cláusulas en los convenios colectivos que pretenden disfrazar una extensión unilateral bajo el rútol de una extensión acordada. Para demostrar ello, presentamos un ejemplo. En la Resolución de Sala Plena 004-2023, el TFL analizó la siguiente cláusula del convenio suscrito entre la empresa Ripley y uno de sus sindicatos minoritarios:

EL SINDICATO reconoce que es facultad de LA EMPRESA ejecutar a través de lineamientos y políticas acciones que tengan por finalidad mantener la equidad interna en las compensaciones entre todos sus trabajadores. Con lo cual, LA EMPRESA se reserva el derecho [énfasis agregado] de aplicar los beneficios que considere pertinentes a los trabajadores no afiliados a EL SINDICATO, estén contenidos estos en el presente documento o en las políticas de LA EMPRESA.

Coincidimos con lo resuelto por el TFL, en el sentido que semejantes cláusulas no constituyen un supuesto de extensión pactada, sino que pretenden justificar, ilegalmente, una facultad del empleador para extender a su sola voluntad, o cuando lo estime conveniente, los beneficios logrados por convenio colectivo con el sindicato minoritario. A nuestro entender, tales casos corresponden ser tratados como lo que son: supuestos de extensión unilateral.

2.3. Sobre el término “extensión”

La tercera cuestión o precisión que queremos realizar es de carácter terminológico. Y es que, en el derecho comparado, la expresión “extensión” del convenio colectivo no posee necesariamente un mismo significado o se entiende siempre en términos idénticos a los antes detallados. Más bien, en ciertos ordenamientos jurídicos, la figura de la extensión se usa para ampliar la cobertura del convenio colectivo a sujetos colectivos que tienen dificultades para acceder a la negociación colectiva y no han podido participar en ella, aplicándolo mediante un acto de la autoridad pública (Hayter & Visser, 2018, p. 2).

Tal vez, el ejemplo más conocido lo encontramos en el ordenamiento español, donde la extensión del convenio es concebida como un procedimiento administrativo que se inicia a solicitud de parte y sujeto a requisitos específicos. Como ilustra Ojeda para tal caso, “la extensión va a consistir en la aplicación a otro sector o empresa en virtud a una resolución administrativa” (2017, p. 458). Claro está que dicha concepción de “extensión” no es la que han venido empleando la jurisprudencia y doctrina nacional desde hace más de una década, ni es tampoco a la que nos referimos en el presente trabajo.

2.4. Beneficios de alcance universal

La última cuestión preliminar radica en la existencia de determinados beneficios que, por su propia naturaleza, resultan aplicables a la universalidad de trabajadores del ámbito de negociación, estén o no sindicalizados. Piénsese, por ejemplo, que mediante convenio colectivo el empleador se comprometa a mejorar el área de recreación o de descanso del centro de trabajo, la cual es utilizada por todos los trabajadores, estén afiliados o no al sindicato. Incluso, en algunos casos, estos beneficios pueden responder a una naturaleza preventiva en materia de seguridad y salud en el trabajo, por ejemplo, la ampliación de un tópico de salud, por lo que, evidentemente, son aplicables a todos los trabajadores independientemente de su afiliación sindical.

Se ha dicho, con acierto, que en tales casos es la propia naturaleza del beneficio,



que no resulta individualizable para cada trabajador, lo que genera que del mismo se beneficien tanto trabajadores sindicalizados como no sindicalizados (Monteblanco, 2016, p. 263). Sin embargo, algún sector considera que tales cláusulas consistirían en supuestos excepcionales de extensión del convenio (Chinchay, 2023, p. 20). No compartimos tal criterio. El concepto de extensión unilateral implica un acto del empleador para ampliar el alcance subjetivo del convenio. Tratándose de beneficios como los antes descritos, la voluntad del empleador e incluso la del propio sindicato pactante resultan irrelevantes, pues no es el acto de extensión en sí mismo lo que determina el alcance subjetivo de dichos beneficios, sino la esencia del propio beneficio lo que acarrea que sea disfrutado por la generalidad de trabajadores. Por ello, en nuestra opinión, la consagración de esta clase de beneficios universalizables en el convenio colectivo no configura un supuesto de extensión unilateral.

3. El debate aún vigente: posturas antagónicas a nivel administrativo y judicial

Como advertimos en la introducción, sobre el tema expuesto existe a la fecha una contraposición de posturas por parte de dos órganos resolutivos de los conflictos jurídico laborales en el país. A nivel judicial, la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema valida la extensión unilateral del convenio sobre la base de argumentos tan antiguos como equivocados, haciendo referencia al principio de igualdad o la tutela de la libertad sindical negativa. Por el contrario, el TFL ha sentado postura, consagrada a nivel de precedente administrativo de observancia obligatoria, en la que descarta los argumentos usados a nivel judicial y, más bien, considera que la extensión unilateral “afecta, per se, la libertad sindical”⁽¹⁰⁾. Para ilustrar mejor este contraste de criterios, en este apartado, repasamos brevemente la evolución jurisprudencial de ambos órganos.

3.1. Corte Suprema

Podemos identificar tres etapas en la jurisprudencia de la Corte Suprema emitida desde el año 2010 hasta la fecha. En la primera, se justifica la extensión unilateral sobre una interpretación, a nuestro juicio, errada, del principio de igualdad y, posteriormente, del llamado principio de solidaridad⁽¹¹⁾. En la segunda, se cambia de criterio y se rechaza esta práctica empresarial, en la medida que “permitirlo desincentivaría la afiliación, en tanto los trabajadores preferirían no afiliarse a la misma [organización sindical], pues de igual modo gozarán de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato”⁽¹²⁾.

Incluso, este criterio fue reconocido como un principio jurisprudencial de aplicación obligatoria por las instancias inferiores del Poder Judicial⁽¹³⁾. Cabe mencionar que, durante esta segunda etapa, también se emitieron algunas resoluciones que parecen introducir algunas excepciones a la eficacia personal limitada del convenio. Así, la Corte, a través de la Casación No. 16995-2016-Lima, afirmó lo siguiente:

Quando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores, no pueden extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados, salvo [énfasis agregado] disposición en contrario expresa en el propio convenio colectivo, o cuando limite al trabajador su ejercicio del derecho constitucional a la libertad sindical individual positiva, respecto a la facultad de afiliarse a un sindicato (Corte Suprema de Justicia, 2017)⁽¹⁴⁾.

Sobre estas excepciones, debemos precisar lo siguiente. La primera de ellas, esto es, que la extensión se dé por disposición expresa del convenio colectivo, refiere a un supuesto distinto a la extensión unilateral. Aquí, la ampliación del alcance subjetivo del convenio no deriva de una decisión o práctica empresarial, sino de un acuerdo entre ambos sujetos pactantes, sindicato y empleador. La validez de este acuerdo, así como los escenarios y límites que eventualmente deberían respetarse, merecen un análisis más profundo que; por lo demás, escapa del objetivo de este artículo. No obstante, vale destacar que esta excepción no debe equipararse al reconocimiento de una facultad discrecional del empleador para extender el alcance del convenio colectivo, pues, como mencionamos previamente, tal “reconocimiento”, al dejar en manos del empleador la decisión, realmente pretende encubrir una extensión unilateral del convenio.

Por otro lado, la segunda excepción establecida por la Corte Suprema está

(10) Resolución de Sala Plena 009-2022-SUNAFIL/TFL, considerando 6.29.

(11) Al respecto, véase Casación No. 11477-2013-Callao.

(12) Casación No. 12885-2014-Callao; siendo que tal criterio se repite en posteriores resoluciones durante esta segunda etapa.

(13) Casación No. 12901-2014-Callao.

(14) Este criterio se repite de forma textual en posteriores pronunciamientos. A mayor detalle, véase las resoluciones identificadas en la Tabla 1, como “No, salvo excepciones”.



Tabla 1

Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la extensión de Convenio Colectivo

Etapas	Procede la extensión		Casación	Fecha
1	SI		2864-2009-LIMA	28/04/2010
			602-2010-LIMA	08/04/2011
			10766-2013-MOQUEGUA	07/05/2014
			11477-2013-CALLAO	12/05/2014
			8796-2013-MOQUEGUA	26/05/2014
			4115-2015-LIMA	19/03/2016
			12597-2014-CUSCO	26/05/2016
2	NO	NO	12885-2014-CALLAO	03/08/2016
			3676-2015-CALLAO	29/03/2017
			12901-2014-CALLAO	26/04/2017
			4255-2017 LIMA	19/06/2017
		NO, salvo excepciones	17246-2016 LIMA	17/05/2017
			16995-2016-LIMA	24/10/2017
			117-2017-LIMA	18/07/2018
			662-2017-CUSCO	26/03/2019
			4009-2017 LIMA	16/04/2019
			10724-2017-LIMA	03/07/2019
			19568-2018-LIMA	31/07/2019
			23175-2017-LIMA	02/10/2019
			18013-2018-LIMA	15/10/2019
			1227-2018-LIMA	05/12/2019
			5448-2017-LIMA	08/01/2020
			28009-2017-LA LIBERTAD	09/01/2020
			17974-2018-LIMA NORTE	05/03/2020
			105-2018-LIMA	22/09/2020
			11878-2018-LIMA	07/04/2021
			10540-2018-LIMA	07/04/2021
			3910-2020-LAMBAYEQUE	21/06/2022
			4172-2020-DEL SANTA	28/06/2022
			14491-2019-LIMA	19/07/2022
			4908-2020-LIMA	21/07/2022
3	SÍ, NUEVAMENTE		20956-2017-LIMA	13/12/2018
			VIII Pleno	06/08/2019
			16403-2019-LIMA	06/04/2021
			22237-2018-DEL SANTA	03/08/2021
			24304-2019-LIMA	18/01/2022
			25309-2019-LIMA	14/07/2022
			1283-2020-SULLANA	14/03/2023
			3182-2021-LIMA	09/08/2023
			22865-2021-LIMA	05/12/2023

Nota. Actualizado a partir de Briones (2022).



referida al caso de un falso locador, es decir, a la de un trabajador que formalmente no fue reconocido como tal por su empleador y, por tanto, no pudo afiliarse al sindicato pactante. A nuestro criterio, tal supuesto no configura una excepción a la eficacia personal limitada del convenio, toda vez que, en estricto, no se produce una ampliación de los efectos de la norma convencional. En otras palabras, no encaramos un acto que por decisión del empleador o por acuerdo de partes extienda la eficacia personal limitada del convenio, sino que se trata de la consecuencia de una conducta fraudulenta del empleador (Briones, 2022, p. 2), que evita que el trabajador goce de los derechos que como tal le corresponderían, entre ellos, la posibilidad de afiliarse a un sindicato y que se le aplique el respectivo convenio colectivo.

Al margen de tales “excepciones”, debe destacarse que, durante esta segunda etapa, la Corte se apartó abiertamente de sus pronunciamientos iniciales, ratificando así que el empleador no puede unilateralmente extender los alcances de un convenio celebrado por un sindicato minoritario. No obstante, lejos de continuar con esta línea jurisprudencial, en años recientes, la jurisprudencia judicial ha retrocedido nuevamente a su postura original. Así, en casos en los que se analizaba la extensión de un bono por cierre de pliego a los trabajadores no afiliados, y pese a reconocer expresamente que los pagos “se realizaron en la misma oportunidad y por los mismos montos establecidos en los pactos colectivos suscritos entre la empresa y el sindicato”, la Corte ha validado esta conducta del empresario⁽¹⁵⁾. Para ilustrar mejor este vaivén de etapas y criterios, véase la Tabla 1.

La vigente posición de la Corte Suprema merece algunos comentarios. En primer lugar, cabe destacar que las resoluciones posteriores a la vigencia del Decreto Supremo 014-2022-TR no hayan hecho mención alguna al mismo. Ciertamente es que los hechos materia de discusión en tales procesos son anteriores a dicha norma; sin embargo, sorprende como incluso luego de haberse incorporado la prohibición expresa en el RLRCT de extender unilateralmente los alcances del convenio, el Colegiado Supremo continúe afirmando que “no existe en la legislación peruana norma alguna que impida al empleador otorgar derechos similares a los contenidos en un convenio colectivo a terceros, como un acto derivado de la voluntad unilateral del empleador”⁽¹⁶⁾. Por otro lado, asombra también que la Corte justifica su vigente posición en base a argumentos ya superados, como lo son la aplicación del principio de igualdad o la presunta necesidad de tutelar la libertad sindical negativa de los no afiliados. Sobre ello retornaremos más adelante.

3.2. Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL)

A diferencia de la Corte Suprema, el TFL ha mantenido una postura uniforme mediante la cual rechaza y sanciona la extensión unilateral del convenio. Si bien es posible encontrar dos resoluciones en la incipiente jurisprudencia del TFL en las que se transcribe de forma literal que “es válido que los empleadores extiendan los efectos de los convenios colectivos minoritarios a trabajadores no sindicalizados en pro de su libertad sindical negativa, con el fin de acceder a mejoras remunerativas”⁽¹⁷⁾; semejante criterio fue rápidamente corregido, al punto de que existe un precedente de observancia obligatoria que descarta tal argumento y, más bien, sanciona los casos de extensión unilateral por considerar que esta práctica empresarial constituye una vulneración a la libertad sindical. Nuevamente, para ilustrar mejor la jurisprudencia del TFL sobre el particular, véase la Tabla 2.

Tabla 2

Jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Laboral sobre la extensión de Convenio Colectivo

Fecha	Resolución	¿Procede Extensión?
12/10/2021	394-2021	SI
18/10/2021	434-2021	NO
13.12.2021	640-2021	NO
21.02.2022	167-2022	SI
28.03.2022	313-2022	NO
30.05.2022	513-2022	NO
02.08.2022	742-2022	NO
04.10.2022	Resolución de Sala Plena 009-2022-SUNAFIL/TFL	NO
30.02.2023	Resolución de Sala Plena 004-2023-SUNAFIL/TFL	NO
24.08.2023	814-2023	NO
28.09.2023	944-2023	NO
26.01.2024	083-2024	NO

(15) Casación No. 1283-2020-Sullana.

(16) Casación No. 25309-2019-Lima, Casación No. 22865-2021-Lima.

(17) Resolución 394-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, y Resolución 167-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala.



4. El respeto del principio de igualdad y no discriminación, y del derecho de libertad sindical como fundamento de ambas posturas.

Llegados a este punto, conviene reflexionar sobre los fundamentos empleados tanto por la judicatura laboral para validar la extensión, como por el TFL para rechazarla. Es curioso, pero a pesar de encontrarnos ante posturas de signo contrario, en ambos casos son los mismos derechos (la igualdad y no discriminación, y la libertad sindical) los que sirven de fundamento de la posición asumida. Esto solo puede deberse a que una de ellas tiene una lectura incorrecta de cómo operan los derechos concernidos al caso analizado. Desde nuestro punto de vista, es la Corte Suprema la que incurre en un grueso error.

Como se ha desarrollado, la posición de la Corte Suprema no ha tenido un derrotero único; más bien, ha sido cambiante, y no con pocas contradicciones, a lo largo de los años. En su etapa más reciente, el alto tribunal regresa al criterio primigenio, admitiendo nuevamente la posibilidad de extender unilateralmente los beneficios contemplados en un convenio de eficacia limitada. Merece la pena, no obstante, analizar los fundamentos que inicialmente se esgrimieron para aceptar la ampliación de la eficacia personal de los convenios colectivos, porque nos permitirá establecer la relación que existe entre representación sindical y eficacia personal del convenio colectivo, y su relación con el principio de igualdad.

Al respecto, la Corte parte de una interpretación del artículo 9 de la LRCT, que disocia la representación de la que goza la organización sindical pactante de los efectos del acuerdo que aquella ha alcanzado con la contraparte empresarial. En efecto, la posición del Colegiado Supremo inicia por considerar que el citado artículo “únicamente regula los supuestos de representación del Sindicato dentro del proceso de negociación colectiva, no así los efectos del Convenio Colectivo, aspecto reservado al artículo 42 de la citada Ley, y al artículo 28 de su Reglamento, cuya interpretación, a la luz del principio de igualdad, no admite limitación por razón de la representación sindical”⁽¹⁸⁾, lo que “permite extender el pago de los beneficios económicos otorgados por convenciones colectivas de trabajo llevados a cabo por el único sindicato –minoritario– a los trabajadores no sindicalizados”⁽¹⁹⁾.

Esta interpretación pierde de vista que el artículo 9 de la LRCT es una norma especial, en materia de representación sindical, para el caso específico de negociación colectiva,

pues es el artículo 8 de la propia LRCT el que establece las pautas generales de representación de los sindicatos, tanto en el ámbito colectivo como individual, de los trabajadores afiliados⁽²⁰⁾. En ese sentido, el citado artículo 9 precisa que el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores (más de la mitad, es decir: 50%+1) representa a todos los trabajadores del ámbito respectivo, incluso a los no sindicalizados. Si esto es así, y los convenios colectivos son un producto de la negociación llevada a cabo por los sujetos colectivos, no hay forma de desligar, al menos en el esquema legal establecido por la LRCT, la representación del alcance subjetivo del producto negocial. Por su parte, el artículo 42 alude a la vinculatoriedad o carácter obligatorio que el convenio colectivo tiene para las partes que lo suscribieron y para los sujetos que estas “representen”, como expresamente señala dicha norma. En consecuencia, este artículo contiene también una referencia a la representación de los sujetos contratantes y no puede ser leída y aplicada de manera aislada del artículo 9.

Asimismo, el artículo 28 del RLRCT, al que también alude la jurisprudencia citada, debe ser aplicado teniendo en cuenta lo que es: una norma reglamentaria cuya finalidad es desarrollar o complementar, pero no contravenir lo establecido legalmente, como expresamente manda el artículo 118, inciso 8 de la Constitución. Vale la pena recordar que el propio artículo 28 del RLRCT señala que “el alcance, las limitaciones o exclusiones” que las partes puedan establecer, deben realizarse “con arreglo a ley”, es decir, respetando el marco constitucional y el diseño de representación y eficacia personal de los convenios colectivos establecido en la LRCT. Con buen criterio, el Decreto Supremo 014-2022-TR ha añadido un párrafo al artículo en cuestión, precisando que el empleador está impedido de “extender, de forma unilateral, los alcances de la convención colectiva a los trabajadores no comprendidos en su ámbito de aplicación”.

(18) Casación Laboral 2864-2009-Lima.

(19) Casación Laboral 4115-2015-Lima.

(20) Como precisa Pasco Lizárraga (2023) “El artículo 9° de la LRCT no puede leerse partiendo de que el Sindicato tiene la representación de la totalidad de los trabajadores, pues no la tiene. La norma le confiere esa representación en un caso especial: el de la mayoría absoluta” (p. 281).



En consecuencia, una lectura sistemática de todas las normas mencionadas, especialmente tras la reforma reglamentaria, permite confirmar que es la organización sindical mayoritaria o (en su caso) la colación mayoritaria, en tanto afilia a la mayoría absoluta de los trabajadores del respectivo ámbito, la que posee la representación general de dichos trabajadores, siendo también generales o *erga omnes* los efectos del convenio que suscriba. Por el contrario, si el sindicato es minoritario, la eficacia del acuerdo será limitada.

De otro lado, un argumento que llama poderosamente la atención es el del tratamiento igualitario que la judicatura reclama para los trabajadores sindicalizados y los que no lo están, al amparo, precisamente, del principio de igualdad, y que, de no hacerse, significaría la vulneración de dicho principio. Habría que señalar, no obstante, que la aplicación del principio de igualdad “supone un acto de comparación entre dos o más personas que enfrentan una determinada situación”, a fin de establecer si el tratamiento que deben recibir todas ellas es el mismo o no (Boza, 2020, pp. 120-121). Así, el principio de igualdad no exige necesariamente un trato uniforme para todos los sujetos comparados, toda vez que su aplicación, como señala el conocido aforismo de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, no excluye o impide un trato desigual, como ha tenido oportunidad de precisar el Tribunal Constitucional⁽²¹⁾.

En este orden de ideas, es posible concluir que no todo trato desigual será discriminatorio ni supondrá necesariamente una vulneración del principio de igualdad; esto solo ocurrirá cuando la desigualdad “carezca de una justificación objetiva y razonable”⁽²²⁾, en cuyo caso enfrentaríamos un acto no tolerable constitucionalmente⁽²³⁾. Además, será igualmente intolerable y rechazada por nuestro ordenamiento constitucional y legal, la situación contraria, es decir, el comportamiento que dispense un trato igual a sujetos que no lo son.

Cabe entonces preguntarse si son iguales los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados. La respuesta, evidentemente, es negativa. El mismo hecho de la sindicación es un dato lo suficientemente objetivo para diferenciar a aquellos que optaron por sindicalizarse de los que decidieron libremente no hacerlo. De esta manera, ambas categorías de trabajadores no se encuentran en la misma situación. Paredes lo ilustra con mucha claridad:

Mientras que unos han decidido pertenecer a un sindicato para ejercer, de ese modo, un aspecto de la vida en democracia,

los otros no. Mientras unos proponen y luchan conjuntamente en la defensa de sus intereses laborales, los otros no. Mientras unos consiguen, con su participación democrática, mejoras en las condiciones remunerativas y de trabajo, los otros no. Mientras unos aportan a sus organizaciones sindicales, los otros no. Por tanto, los unos y los otros no se encuentran en las mismas condiciones o situaciones (2011, p.198).

En definitiva, cuando los trabajadores deciden constituir una organización representativa de sus intereses o incorporarse a una ya existente, están optando por dedicar parte de su tiempo de vida en acciones diversas y propias de la militancia sindical: (i) participan en asambleas y reuniones de distinto tipo, (ii) forman parte de órganos de gestión y comisiones de trabajo, (iii) financian con su salario las actividades y funcionamiento del sindicato, a través del pago de cuotas ordinarias y extraordinarias, (iv) solventan el costo de la negociación colectiva con el pago del canon correspondiente, (v) integran, cuando corresponde, los piquetes de huelga, (vi) son pasibles de actos antisindicales, entre otros. Existe, por tanto, una gran diferencia entre los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados: estos últimos han decidido, de manera libre y consciente, no formar parte del sindicato, y no afrontar así los costos y riesgos de la militancia sindical⁽²⁴⁾. En consecuencia, la igualdad no puede ser un fundamento para justificar la extensión unilateral del convenio colectivo a los no sindicalizados que, por los demás, asumen solo los beneficios y no las cargas del convenio. Defender lo contrario sería admitir una forma de inequidad.

Precisamente, esta diferencia objetiva es la que justifica que los trabajadores afiliados al sindicato minoritario pactante se beneficien del convenio colectivo; y no en cambio, los no afiliados. Incluso a nivel legislativo, el artículo 6 del Reglamento de la Ley 30709⁽²⁵⁾ reconoce que la negociación colectiva es un criterio objetivo que justifica las diferencias

(21) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0001/003-2003-AI/TC (fundamento 11).

(22) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02476-2010-PA/TC (fundamento 7).

(23) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02974-2010-PA/TC (2011).

(24) De la misma opinión es Cornejo, quien concluye que, si los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados no son iguales, estos últimos “no pueden reclamar el mismo trato” (2023, p. 260).

(25) Aprobado por Decreto Supremo 002-2018-TR.



salariales entre trabajadores. Pretender “equiparar” ambos grupos, otorgando a los no afiliados los beneficios logrados mediante negociación colectiva, constituye un proceder que desconoce esta diferencia objetiva y, como tal, vulnera el principio-derecho a la igualdad.

Pero la extensión unilateral no sólo contraviene el derecho a la igualdad, sino que además vulnera la libertad sindical del sindicato pactante y de sus afiliados, toda vez que esta práctica empresarial desincentiva la afiliación sindical y promueve la desafiliación de los afiliados. No se trata de un descubrimiento de la jurisprudencia del TFL, sino de un hecho que desde hace más de una década la doctrina mayoritaria reconoce (Neves entrevistado por De Lama, 2011, p. 93; Paredes, 2011, p. 199; Navarrete, 2015, p. 70; entre otros), siendo también admitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Informe 039-2012-MTPE/2/14) y también, durante una etapa de lucidez, por la Corte Suprema.

Por lo anterior, sorprende cómo la vigente postura del máximo órgano del Poder Judicial haya cambiado de criterio y justifique ahora la extensión unilateral, al igual que un sector minoritario de la doctrina, en base a la presunta necesidad de tutelar la libertad sindical negativa de los trabajadores no afiliados (Toyama y Torres, 2017; Lora, 2018).

Somos enfáticos en señalar que el “argumento” sobre la tutela de la libertad sindical negativa constituye una falacia. Nos explicamos. Quienes defienden esta postura afirman lo siguiente:

[N]o puede prohibirse esta libertad de extensión en desmedro de la libertad sindical negativa. Si se impide la extensión de un convenio colectivo de un sindicato minoritario, el resto de trabajadores no tendría la posibilidad de recibir incrementos o beneficios unilaterales del empleador (Toyama & Torres 2017, p. 301).

A nuestro entender, este argumento introduce un falso dilema por, al menos, tres razones⁽²⁶⁾. Primero, nótese que el razonamiento parte de una premisa errada, porque asume que los trabajadores afiliados y los no afiliados se encuentran en una misma situación, lo cual conllevaría a que deban recibir los mismos beneficios. No volveremos sobre la incorrección de este argumento, que ya hemos explicado anteriormente.

En segundo lugar, la eficacia limitada del convenio no es un obstáculo para que el empleador otorgue aumentos o beneficios a sus trabajadores; empero, sí constituye un límite para los presuntos actos de generosidad empresarial que en, la práctica, desincentivan la afiliación sindical (Paredes, 2011, p. 199). En otras palabras, no se prohíbe que un trabajador, en función a su desempeño, capacidades o características particulares, reciba reconocimientos u otros provechos por parte de su

empleador, pero deben tratarse de beneficios diferentes a los establecidos en el convenio colectivo, fijados en base a criterios que permitan una cuantificación objetiva de los mismos, como “la antigüedad, experiencia, productividad, entre otros” (Cornejo, 2023, p. 264). Cabe enfatizar que esta facultad empresarial no puede ser ejercida en fraude a la ley, a fin de extender beneficios alcanzados a través de una negociación colectiva hacia sujetos que no participaron ni estaban representados en dicha negociación. Permitirlo equivaldría a habilitar una conducta empresarial disuasiva de la afiliación sindical.

Por último, la eficacia limitada del convenio tampoco impide que los trabajadores no afiliados accedan a los beneficios derivados de la negociación colectiva, pero, para que ello ocurra, tendrán que afiliarse al sindicato⁽²⁷⁾. Todos los trabajadores, “sin distinción alguna”, como establece el artículo 2 del convenio 87 de la OIT, ostentan el derecho de afiliarse a un sindicato. Si deciden ejercer ese derecho (libertad sindical individual positiva), tal acto genera unas determinadas consecuencias, entre ellas, la de beneficiarse del convenio colectivo suscrito por la organización sindical de la que forman parte. En cambio, si deciden no ejercerlo (libertad sindical individual negativa), dicha situación también genera consecuencias concretas, en particular, que no se les aplique el convenio colectivo suscrito por un sindicato del que han decidido no formar parte. Se trata de una consecuencia natural que no puede asumirse como una coerción hacia los no afiliados para que opten por la sindicación, ni como una vulneración a su libertad sindical negativa. Y es que tanto la afiliación, como la no afiliación y la desafiliación son, en última instancia, producto de una libre decisión que, como todo ejercicio de libertad supone la elección entre al menos dos posibilidades igualmente válidas.

Resulta inconsecuente optar por un camino esperando obtener el resultado que se sabe corresponde a otro. Es decir, es ilógico pretender beneficiarse de un convenio

(26) Para más información, véase Briones (2022, pp. 16-17).

(27) En sentido similar, véase Pasco Lizárraga (2023, pp. 281-282).



colectivo negociado por un sindicato minoritario, si es que previamente se ha elegido no ser parte del mismo y mantenerse fuera de las actividades de dicha organización, entre las que la negociación colectiva resulta tener un papel protagónico. Por ello, sostenemos que el argumento de esta postura plantea un falso dilema, porque presenta “un problema respecto a la necesidad de tutela de los trabajadores que ejercen su libertad sindical negativa, cuando el ejercicio de este derecho trae como efecto natural el quedar excluido del procedimiento de negociación y del eventual convenio” (Briones, 2022, p. 17).

Por otro lado, no deja de llamar la atención esa suerte de ensalzamiento que hacen algunos autores sobre la libertad sindical negativa⁽²⁸⁾, con ánimo de que sea protegida a toda costa, y que se alega como justificante del acto de extensión del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados. Y es que, en rigor, la libertad sindical negativa no merece una tutela o protección especial; lo que corresponde proteger es la libertad sindical positiva, porque supone el ejercicio propio del derecho, y porque son los trabajadores que deciden constituir sindicatos, afiliarse a ellos y realizar actividad sindical, los que son pasibles de actos antisindicales y tratos discriminatorios. Repárese en que la libertad sindical negativa no se consagra de manera expresa en el convenio 87 de la OIT, porque como señalaba con acierto Ermida, en el caso de la libertad sindical, como ocurre con el reconocimiento de todo derecho, esto “supone la posibilidad de no ejercerlo, sin que nadie se preocupe de así aclararlo expresamente” (2012, p. 51).

Por lo anterior debemos ratificarnos en que la extensión unilateral es una práctica inconstitucional e ilegal, y, por tanto, prohibida en nuestro ordenamiento. De la misma forma, debemos insistir en que no se trata de una prohibición que dependa de la modificación que en su momento introdujo el Decreto Supremo 014-2022-TR, sino que ya se desprendía de lo dispuesto por el artículo 9 de la LRCT, leído en consonancia con la Constitución y los convenios internacionales de la OIT que reconocen los derechos a la igualdad y a la libertad sindical. Lamentamos que la Corte Suprema haya retrocedido en su jurisprudencia hacia una postura que parecía superada, pero esperamos que, al igual que ocurrió en años pasados, la pueda corregir prontamente⁽²⁹⁾.

5. Conservación de los beneficios extendidos

La negociación colectiva es un derecho dinámico y nada impide que, en negociaciones ulteriores, los sujetos colectivos decidan derogar o modificar los convenios colectivos que el empleador extendió a los trabajadores no sindicalizados. Cabe preguntarse, en este escenario, si el empleador debe mantener los beneficios que ya venía otorgando a dichos trabajadores, a pesar de haber sido eliminados, o si se encuentra obligado a continuar extendiendo, como venía haciendo, los beneficios pactados con el sindicato. ¿Se habría generado, al respecto, una costumbre o una suerte de consolidación de derechos por el transcurso del tiempo para los trabajadores no sindicalizados?

La postura de la Corte Suprema es que la decisión empresarial de extender los efectos del convenio supone una obligación unilateral de pago a favor de todos los trabajadores no sindicalizados, y que los beneficios que fueron extendidos deberán continuarse otorgando aun cuando ya no exista convenio colectivo que los regule⁽³⁰⁾. No obstante, este criterio judicial no analiza ni detalla las razones por las cuales dichos trabajadores, no representados en la negociación, deben seguir percibiendo tales beneficios, a pesar de haber sido modificados o derogados. Desde nuestro punto de vista, para responder adecuadamente a las interrogantes formuladas, es necesario indagar por el origen de los beneficios que son extendidos por el empleador.

5.1. ¿Origen normativo o contractual del acto de extensión?

Lo primero que podemos advertir es que los beneficios o condiciones que los trabajadores

(28) Con la agudeza que lo caracterizaba, Ermida se preguntaba por la velada intención que había en la excesiva preocupación de gran parte de las legislaciones latinoamericanas, entre ellas la peruana, de afirmar la libertad sindical negativa con el mismo ímpetu, o incluso mayor, que la libertad sindical positiva: “¿qué tiene el derecho de sindicación, para que en él sí se establezca expresamente, con iguales o mayores garantías, la posibilidad de no ejercerlo?”, a lo que respondió: “Obviamente, un claro prejuicio y la voluntad —si no expresa, por lo menos inocultable y mal disimulada— de propender a que no sea ejercido” (2012, p. 51).

(29) En esa línea, destaca el voto singular del magistrado Yangali en la Casación Laboral No. 22865-2021-Lima. Si bien en tal caso la decisión en mayoría del Colegiado convalidó la extensión unilateral del convenio, el voto del citado magistrado optó, por el contrario, por rechazar esta conducta empresarial en la medida que contraviene el principio-derecho a la igualdad, consagrado en la normativa internacional y nacional en materia de derechos humanos.

(30) Al respecto, véase Casación Laboral 24304-2019-Lima.



no sindicalizados pretenderían mantener no son de origen convencional; lo que no significa, necesariamente, que no tengan carácter normativo, como veremos seguidamente. No cabe duda de que tales beneficios sí tienen naturaleza convencional y normativa para los trabajadores sindicalizados, pues la fuente de regulación es el propio convenio colectivo, y dichos trabajadores (los sindicalizados) han estado directamente representados en la correspondiente negociación. En esa medida, el convenio colectivo es el que modula sus contratos de trabajo, según lo establecido en el artículo 43.1 de la LRCT y el artículo 29 del RLRCT, disposiciones legales que, como se vio anteriormente, reconocen la eficacia jurídica normativa de los pactos colectivos de trabajo.

No ocurre lo mismo en el caso de los trabajadores no sindicalizados, porque estos trabajadores no están representados en la negociación ni los beneficios obtenidos proceden de un acuerdo celebrado por los sujetos colectivos. A todas luces, es claro que la extensión unilateral del convenio colectivo es un acto que procede de la exclusiva voluntad empresarial: es el empleador, *motu proprio*, el que decide extender el alcance subjetivo de un convenio colectivo de eficacia limitada (suscrito con el sindicato minoritario) al resto de trabajadores.

Ahora bien, que la decisión de extensión del convenio resida en la voluntad empresarial, no implica atribuir naturaleza contractual a los beneficios percibidos por los trabajadores no sindicalizados. En efecto, debemos reparar que lo que lleva a cabo el empleador, en buena cuenta, es ampliar el alcance personal o subjetivo del convenio, no de manera singular a ciertos trabajadores, sino al conjunto o colectivo de trabajadores no afiliados al sindicato pactante. Es decir, el empleador no otorga los beneficios en cuestión de manera individualizada a cada relación individual de trabajo, sino que lo hace de manera general a los trabajadores no sindicalizados. Desde nuestra perspectiva, esa vocación plural o totalizadora de la medida empresarial, asemeja la extensión a un acto general e impersonal que es propio de las normas jurídicas, como si de un reglamento de trabajo o política empresarial se tratase, lo que nos lleva a afirmar la naturaleza normativa del acto de extensión.

5.2. Sobre la viabilidad de que se haya generado una costumbre o que resulte oponible la condición más beneficiosa

Lo segundo que queremos tratar son los argumentos que comúnmente se alegan para que se produzca la conservación de los beneficios extendidos unilateralmente por el empleador. Hemos podido identificar dos: el primero de ellos plantea que la conducta empresarial reiterada genera una costumbre laboral, mientras que el segundo argumento o alternativa esgrimida es que dicha práctica permite la aplicación del principio de condición más beneficiosa. En ambos casos, se sostiene que los beneficios extendidos por el empleador, al

representar una ventaja significativa para los trabajadores, no pueden ser retirados unilateralmente por este.

No obstante, estimamos que ninguna de estas opciones habilita la conservación de los beneficios extendidos, habida cuenta de que el acto de extensión transgrede nuestro ordenamiento constitucional, al contradecir de manera manifiesta derechos fundamentales como la libertad sindical y el principio-derecho de igualdad. Incluso, si se aceptase que la conducta empresarial cumple con los elementos configurativos de una costumbre, estaríamos frente a una práctica *contra legem* que, como tal, no puede tener eficacia jurídica (Arce, 2013, p. 158; Boza, 2020, p. 91), por contravenir un “mandato normativo superior” (Ulloa, 2011, p. 101). Por ello, no es suficiente que se trate de un uso extendido en el tiempo y en un ámbito determinado, ni que exista una presunta consciencia de obligatoriedad por parte del empleador y de los trabajadores involucrados, toda vez que dicha conducta resulta contraria al ordenamiento jurídico, como es el caso analizado.

Repárese en que la práctica empresarial de extender los beneficios de un convenio de eficacia limitada, equiparando a los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, ignorando sus diferencias y generando así incentivos para la desafiliación sindical, resulta antisindical y contraria al principio de igualdad, conforme hemos desarrollado líneas arriba. Por consiguiente, dicho comportamiento no resulta convalidable como una costumbre, porque se trataría de una práctica consuetudinaria que se opone a la ley.

Por otro lado, tampoco cabría aplicar el principio de condición más beneficiosa para conservar los beneficios extendidos. Al respecto, es necesario recordar que este principio, que no goza de reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico, pero que no necesita tenerlo para que sea aplicable, opera para la conservación de los beneficios derivados de un acto o hecho de origen contractual o no normativo (Boza, 2020, pp. 170-174). El propósito de su aplicación es mantener las ventajas obtenidas por el trabajador, “incluso si se produce la ulterior aprobación de una norma que,



con carácter de generalidad, establezca condiciones menos favorables que las disfrutadas a título individual” (Montoya, 2020, p. 236).

Como indicamos en el acápite anterior, la extensión del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados deriva de la voluntad empresarial, pero con una clara intención de generalidad, lo que hace que en ese caso estemos ante una fuente de origen normativo y no ante un acto de naturaleza contractual. Al ser esto así, el acto de extensión queda fuera del ámbito objetivo de aplicación del principio en cuestión, pues este se aplica a los beneficios o ventajas expresamente pactadas entre los sujetos del contrato individual de trabajo y a las concesiones unilaterales del empleador de carácter singular⁽³¹⁾. Además, al igual que en el caso de la costumbre, un principio del derecho no puede utilizarse para convalidar un comportamiento contrario a la legalidad. Es importante recordar que los principios son también normas jurídicas (Arce, 2013, p. 168); por ello, reiteramos, su aplicación no puede menoscabar derechos fundamentales como lo son la igualdad y la libertad sindical. Permitir lo contrario implicaría permitir un ejercicio abusivo del derecho, lo cual se encuentra proscrito expresamente en el artículo 103 del texto constitucional.

6. Conclusiones

- La extensión unilateral del convenio colectivo es una práctica ilegal y, como tal, prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. Al margen de que actualmente su proscripción se encuentre de forma expresa en el RLRCT, dicha conclusión deriva, incluso antes de la vigencia del Decreto Supremo 014-2022-TR, de una lectura integral del artículo 9 de la LRCT a la luz de los principios-derechos fundamentales de libertad sindical e igualdad.
- La reciente jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, revela la importancia de recordar que el empleador no puede extender unilateralmente los beneficios logrados por convenio colectivo con el sindicato minoritario, situación que toma un nuevo rumbo a partir de la modificación del RLRCT. Las últimas decisiones de la Corte Suprema hacen necesario que este órgano corrija nuevamente su postura y rechace la extensión unilateral del convenio.
- La aplicación del principio de igualdad o la pretendida tutela de la libertad sindical negativa no son argumentos válidos que justifiquen la extensión unilateral del convenio de eficacia limitada; antes bien, son fundamentos de la ilegal

e inconstitucional medida empresarial. Si bien ello ya ha quedado sentado en la jurisprudencia administrativa del TFL, consideramos necesario que la Corte Suprema haga lo propio.

- No es posible sostener que los trabajadores no sindicalizados que han recibido beneficios del convenio colectivo en virtud a la extensión unilateral realizada por el empleador poseen derecho a mantenerlos en caso el convenio colectivo extendido sea derogado o modificado. Al constituir el acto de extensión una práctica empresarial contraria a las reglas de nuestro ordenamiento jurídico, no se ha generado una costumbre, ni tampoco una consolidación individual de beneficios por aplicación del principio de condición más beneficiosa que permita conservarlos.

Referencias bibliográficas

Arce, E. (2013). *Teoría del derecho* (1.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza, G. (2020). *Derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Briones, J. (2022). *Un paso hacia adelante y dos para atrás: Informe sobre la Casación Laboral 24304-2019-Lima* [Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de abogado]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/22942>

Casación No. 2864-2009-Lima (2010, 28 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 11477-2013-Callao (2014, 12 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 4115-2015-Lima (2016, 19 de marzo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 12885-2014-Callao (2016, 3 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 12901-2014-Callao (2017, 26 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República.

(31) Esta posición fue recogida en la propuesta de Ley General del Trabajo, recogiendo el consenso que, sobre el particular, existía en ese momento: “La condición más beneficiosa opera para conservar las ventajas alcanzadas a partir de (i) contratos de trabajo, (ii) concesiones unilaterales no normativas del empleador o (iii) consolidación por el transcurso del tiempo, frente a nuevas normas que las supriman o rebajen. Solo pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de partes (art. 9.4 del Título Preliminar)” (Boza, 2022, pp. 170-171).



Casación No. 16995-2016-Lima (2017, 24 de octubre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 25309-2019-Lima (2022, 14 de julio). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 1283-2020-Sullana (2023, 14 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 22865-2021-Lima (2023, 5 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Chinchay, E. (2023). *Extensión de los convenios colectivos de sindicatos minoritarios a trabajadores no afiliados a este, ¿afectación a la sindicación?* [Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/27484>

Constitución Política del Perú [Const.]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Convenio 87 (OIT), el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (San Francisco, 9 de julio de 1948).

Cornejo, C. (2023). Trabajadores sindicalizados y no sindicalizados: ¿Buscando o eludiendo la igualdad? *Laborem*, 20(27), 245-267. <https://doi.org/10.56932/laborem.20.27.11>

Cruz, J. (2023). *Compendio de derecho del trabajo* (12.ª ed.). Tecnos.

Decreto Supremo 002-2018-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30709, ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. 8 de marzo de 2018.

Decreto Supremo 010-2003-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. 5 de octubre de 2003.

Decreto Supremo 014-2022-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. 24 de julio de 2022.

De Lama, M. (2011). "Trabajadores no afiliados a un sindicato minoritario también se benefician del Convenio Colectivo". *Soluciones Laborales*, (40), 91-95.

Ermida, O. (2012). Crítica de la libertad sindical. *Derecho PUCP*, (68), 33-61. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.001>

Hayter, S. & Visser, J. (2018). The application and extension of collective agreements: Enhancing the inclusiveness of labour protection. En S. Hayter & J. Visser (Eds.), *Collective agreements: Extending labour protection* (pp. 1-27). Organización Internacional del Trabajo.

Lora, G. (2018, 29 de agosto). ¿Cómo aumentamos sueldos? El Comercio. <https://elcomercio.pe/economia/opinion/aumentamos-sueldos-german-lora-noticia-551725-noticia/?ref=ecr>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2012). *Informe N.º 039-2012-MTPE/2/14*. https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/informe_39_2012.pdf

Monteblanco, A. (2016). La extensión de los convenios colectivos dentro de la negociación colectiva a nivel de empresa. *Derecho & Sociedad*, (46), 259-265.

Montoya, A. (2020). *Derecho del trabajo* (41.ª ed.). Tecnos.

Navarrete, A. (2015). La extensión del producto de una negociación colectiva de un sindicato minoritario a los trabajadores no afiliados: ¿Igualdad o desincentivo a la sindicalización? *Soluciones Laborales*, 8 (95), 62-70.

Neves, J. (2016). *Introducción al derecho del trabajo* (3.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ojeda, A. (2017). *Compendio de derecho sindical* (3.ª ed.). Tecnos.

Paredes, P. (2011). Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: Un caso de discriminación laboral por acción indirecta. *Derecho & Sociedad*, (37), 196-199.

Pasco Lizárraga, M. (2023). La libertad sindical negativa puesta en cuestión por SUNAFIL. *Laborem*, 20(27), 269-288. <https://doi.org/10.56932/laborem.20.27.12>

VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (2019, 6 de agosto). Corte Suprema.

Raso, J. & Castello, A. (2024). *Derecho del trabajo* (2.ª ed., Tomo IV). Fundación de Cultura Universitaria.

Resolución 394-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 12 de octubre). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 640-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 13 de diciembre). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 167-2022-SUNAFIL (2022, 18 de marzo). Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 009-2022-SUNAFIL/TFL-Sala Plena (2022, 4 de octubre). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 004-2023-SUNAFIL/TFL-Sala Plena (2023, 30 de enero). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Sala, T. & Albiol, I. (1989). *Derecho sindical*. Editorial Tirant Lo Blanch.

Sentencia recaída en el Expediente 0001/003-2003-AI (2003, 4 de julio). Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia recaída en el Expediente 02974-2010-PA (2011, 24 de octubre). Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia recaída en el Expediente 02476-2010-PA (2011, 2 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú.



Toyama, J. & Torres, A. (2017). Extensión de los convenios colectivos de trabajo y sindicatos minoritarios. *IUS ET VERITAS*, (55), 284-302. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.017>

Ulloa, D. (2011). La costumbre como fuente en el derecho laboral. *Derecho & Sociedad*, (37), 101-106.



El cuidado de la salud mental: un reto para garantizar entornos de trabajo seguros y saludables^(*)

Mental health care: a challenge to guarantee safe and healthy work environments

Sergio Quiñones Infante^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

“La salud mental es más que la mera ausencia de problemas de salud mental. Todo lo contrario: es un estado de bienestar mental que permite a las personas hacer frente a los momentos de estrés de la vida, desarrollar sus habilidades, aprender y trabajar adecuadamente y contribuir a la mejora de su comunidad”.

Organización Mundial de la Salud^(***)

Resumen: El objeto del presente artículo es analizar la íntima vinculación que existe entre la implementación de medidas adecuadas para el cuidado de la salud mental de las y los trabajadores en el ámbito laboral y el efectivo cumplimiento por parte de los empleadores de garantizar un entorno seguro y saludable en todos los centros de trabajo. A tal efecto, empezamos desarrollando el marco teórico aplicable dentro del cual se encuadra el concepto de “salud mental en el trabajo”; posteriormente analizamos data acerca del estado actual de este problema público, tanto a nivel global como nacional, haciendo particular incidencia en aquellas investigaciones que evidencian el impacto negativo que genera un inadecuado cuidado de la salud mental en la productividad laboral de las y los trabajadores. Finalmente evaluaremos los retos actuales y futuros que el cuidado de la salud mental en el trabajo presenta desde el enfoque de las políticas públicas y desde la mirada de las organizaciones empresariales.

Palabras clave: Salud mental - Trabajo - Productividad - Entornos seguros y saludables - OMS - OIT

Abstract: This paper is aimed to analyze the strong link that exists between the implementation of appropriate measures to care for the mental health of workers in the workplace and the effective compliance by employers with guaranteeing a safe and healthy environment in all work centers. With this purpose, we begin by developing the applicable theoretical framework within which the concept of “mental health at work” is framed; subsequently, we analyze data about the current state of this public problem, both at a global and national level, placing particular emphasis on those investigations that show the negative impact that inadequate mental health care generates on the work productivity of workers. Finally, we will evaluate the current and future challenges

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 28 de agosto de 2024 y su publicación fue aprobada el 4 de diciembre de 2024.

(**) Magíster en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona (Barcelona, España). Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. **Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.** Consultor en materia de derechos fundamentales en el trabajo y políticas públicas laborales. Ex director general de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9681-5084>. Correo electrónico: sergio.quinones@hotmail.com.

(***) Organización Mundial de la Salud (2022a). Directrices de la OMS sobre salud mental en el trabajo: resumen ejecutivo.



that mental health care at work presents from the perspective of public policies and from the perspective of business organizations.

Keywords: Mental health - Work - Productivity - Safe and healthy environments - WHO - ILO

1. Introducción

El trabajo tiene una altísima valoración jurídica y social. No solo es un derecho constitucional e internacionalmente reconocido, sino -sobre todo- un medio de realización personal y de subsistencia, un vehículo de movilidad social y un factor determinante en nuestra trayectoria de vida.

Sin embargo, visto desde otra perspectiva, no existe trabajo inocuo para la salud de las personas. Todo trabajo, sea intelectual o manual, presencial o virtual, afecta en mayor o menor medida la salud de las y los trabajadores en sus diversas dimensiones; de este modo, el trabajo puede resultar peligroso e insalubre, y afectarnos física y emocionalmente.

En esa línea, el profesor Antonio Sempere nos recuerda que:

El trabajo se constituye en una actividad peligrosa, en la medida en que el proceso de producción y transformación de bienes y servicios exige la interacción del hombre con un entorno cada vez más cambiante que, en ocasiones, de forma directa o indirecta, es susceptible de influir negativamente en su salud y seguridad (2001, p. 19).

Según estimaciones publicadas por la Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2019), aproximadamente 2,78 millones de trabajadores y trabajadoras mueren cada año a causa de accidentes de trabajo y enfermedades relacionadas con el trabajo. De dicho total, alrededor de 2,4 millones (86,3 %) de estas muertes se producen por enfermedades relacionadas con el trabajo, mientras que algo más de 380 000 (13,7%) son el resultado de accidentes de trabajo.

En el Perú, la información oficial de la accidentabilidad laboral proviene del Sistema Informático de Notificación de Accidentes de Trabajo, Incidentes Peligrosos y Enfermedades Ocupacionales [SAT], registro administrativo que se encuentra a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [MTPE], y a través del cual los empleadores y los centros de salud se encuentran obligados por ley a registrar y reportar la ocurrencia de accidentes, incidentes y enfermedades laborales, de acuerdo al tipo y ámbito de ocurrencia que la normativa aplicable regula.

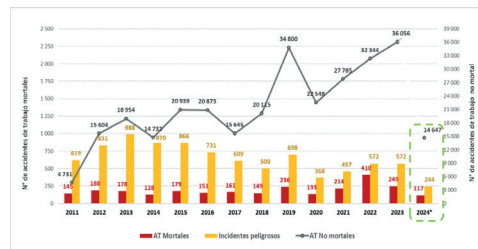
De acuerdo con la información disponible más actualizada, durante el año 2023, fallecieron en el país un total de 249 trabajadores/as a causa de accidentes laborales y se produjeron 36 056 accidentes no mortales y 572 incidentes peligrosos.

Más aún, durante el período comprendido entre los años 2011 y 2023, en promedio, fueron notificados al MTPE

aproximadamente 60 accidentes de trabajo no mortales por día y 1 accidente de trabajo mortal cada 2 días.

Figura 1

Accidentes de trabajo e incidentes peligrosos notificados ante el MTPE entre 2011-2024



Nota: Elaborado por la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo [DSST] en base a información preliminar al 27 de mayo de 2024. Tomado de Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - Sistema Informático de Notificación de Accidentes de Trabajo, Incidentes Peligrosos y Enfermedades Ocupacionales [SAT].

Según la OIT (2019), se calcula que los días de trabajo perdidos como consecuencia de accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales representan cerca del 4% del PBI mundial; costo económico al que se suma el costo intangible derivado del dolor, la preocupación y la ansiedad que sufren las personas y sus familias como consecuencia de dicha siniestralidad laboral. Por ello, la OIT es enfática al resaltar que la inversión en estrategias de prevención efectivas en materia de seguridad y salud en el trabajo constituye un imperativo global de cara al futuro y a los riesgos emergentes que este conlleva para la salud de las personas, además que actúan como factor clave para alcanzar los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, en particular el Objetivo de Desarrollo Sostenible - ODS 3, garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades, y el ODS 8, promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

Precisamente, en el ámbito nacional, se cuenta con la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo al 2030, aprobada



por el Decreto Supremo 018-2021-TR, a través de la cual se busca promover un entorno seguro y sin riesgos para todas y todos los trabajadores, sobre la base de cinco objetivos prioritarios - OP; dentro de los que podemos identificar que el OP 2 (construir una cultura de prevención de riesgos en el entorno laboral) y el OP 4 (mejorar las condiciones de seguridad y salud en el entorno laboral) tienen una relación directa con la tarea que estamos abordando en el presente artículo: la necesidad de diseñar e implementar medidas adecuadas para el cuidado de la salud mental en el ámbito laboral a fin de garantizar un entorno seguro y saludable en todos los centros de trabajo.

Con ello buscamos, además, contribuir con un conjunto de propuestas y retos al cumplimiento particular del ODS 8, cuya meta 8.8 es proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todas y todos los trabajadores, incluidas las personas con empleos precarios.

En suma, consideramos que la relevancia del presente artículo radica en el hecho de que la salud mental es un derecho humano fundamental, toda vez que forma parte integrante e indisoluble de nuestro derecho a la salud; pese a lo cual, la evidencia estadística y la literatura especializada confirman que las enfermedades relacionadas con la salud mental son muy frecuentes en todos los países, afectando alrededor del 20% de la población mundial y -como ya se indicó- al menos el 4 % del PBI global. Ante este escenario, urge desde la academia proponer la implementación de medidas adecuadas para garantizar un entorno seguro y saludable en todos los centros de trabajo, lo que redundará en la mejora de la productividad empresarial.

2. Marco Teórico

2.1. Entornos de trabajo seguros y saludables⁽¹⁾

En la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en junio de 2022, la OIT decidió enmendar el párrafo 2 de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 para incluir “un entorno de trabajo seguro y saludable” como uno de los -ahora- cinco principios y derechos fundamentales en el trabajo, pilares de la noción de trabajo decente. Asimismo, introdujo las consiguientes enmiendas en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 y en el Pacto Mundial para el Empleo de 2009 (OIT, 2022).

Como consecuencia de ello, tanto el Convenio número 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981 como el Convenio número 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo de 2006 adquirieron la condición

de convenios fundamentales. Por lo tanto, todos los Estados miembro de la OIT, aun cuando no hayan ratificado estos convenios (como es el caso del Estado peruano), tienen la obligación, derivada de su propia pertenencia a la organización, de respetar, promover y realizar de buena fe los principios relativos al derecho fundamental a un entorno de trabajo seguro y saludable.

Desde la mirada normativa nacional, podemos afirmar que el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (o, en términos de la OIT, a un “entorno de trabajo seguro y saludable”) tiene directo y pleno reconocimiento en nuestro país a partir de lo establecido en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú, en el que se consagra el derecho a la protección de la salud de toda persona, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa; así como en el artículo 23, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

A nivel del ordenamiento legal interno, tenemos la Ley 29783 – Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 005-2012-TR. Precisamente, el artículo 1 de la LSST dispone que su objetivo esencial es promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país, para lo cual cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales a través del diálogo social.

Complementariamente, la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo al 2030 nos recuerda que el concepto actual y vigente de “seguridad y salud en el trabajo” comprende tanto la noción tradicional de “seguridad industrial”, cuya finalidad es la prevención e investigación de los accidentes de trabajo y riesgos laborales, así como la de “salud ocupacional”, enfocada más bien en el diagnóstico oportuno y tratamiento pertinente de las enfermedades profesionales.

(1) Al respecto, véase “Entornos seguros y saludables en la informalidad: una tarea pendiente en la informalidad: una tarea pendiente para la Sunafil”, de Sergio Quiñones (2023), en *Soluciones Laborales*, (184), pp. 120-134.



De allí que, en el ámbito de las relaciones laborales, la noción de “salud” no se limita únicamente a la ausencia de afecciones o enfermedades, sino sobre todo a la ausencia de elementos y factores que afectan negativamente o ponen en riesgo la condición física y/o mental de las y los trabajadores; elementos y factores cuyo control están íntimamente vinculados a la existencia de un ambiente o entorno de trabajo “seguro”.

En esa misma línea, la OIT (2020) destaca que el ambiente laboral y el tipo de actividad que realizamos conlleva implícita e inevitablemente la exposición a peligros y riesgos diversos, desde aquellos claramente visibles (por ejemplo, contacto con pesticidas u otros insumos químicos, trabajo en altura o con herramientas punzocortantes, o la manipulación de maquinaria u objetos pesados) hasta los imperceptibles, como las bacterias o virus presentes en ambientes hospitalarios, las jornadas recurrentemente excesivas, las afecciones ergonómicas o el estrés laboral. Sobre dicha base, la OIT establece como definición que:

Un ambiente de trabajo seguro y saludable es aquel en el que se eliminaron los riesgos o donde se tomaron todas las medidas prácticas razonables y factibles para reducir los riesgos a un nivel aceptable y donde se integra la prevención como parte de la cultura organizacional. Identificar los peligros y evaluar y controlar los riesgos en el lugar de trabajo es esencial para crear un entorno laboral seguro y saludable (2020, p. 14).

A partir de lo dicho, podemos concluir el presente subapartado afirmando que garantizar entornos de trabajo seguros y saludables requiere indispensablemente la implementación de medidas eficaces y sistemáticas para identificar, prevenir y evitar la exposición de las y los trabajadores a factores de riesgo que podrían provocar accidentes o enfermedades profesionales, tal como explicamos en los párrafos siguientes.

2.2. Los factores de riesgo psicosociales en el trabajo y la obligación de prevenirlos

Desde el año 1986, a través del trabajo conjunto de la OIT y la Organización Mundial de la Salud [OMS], los riesgos psicosociales se definen como las interacciones entre el medioambiente de trabajo, el contenido del trabajo, las condiciones de organización y las capacidades, las necesidades y la cultura del trabajador, las consideraciones personales externas al trabajo que pueden, en función de las percepciones y la experiencia, tener influencia en la salud, el rendimiento en el trabajo y la satisfacción laboral (OIT, 1986).

Valentina Forastieri señala que aquella definición:

Subrayaba la interacción dinámica entre el ambiente de trabajo y los factores humanos. Una interacción negativa entre las condiciones de trabajo y los factores humanos puede dar lugar a trastornos emocionales, problemas de comportamiento y cambios bioquímicos y neurohormonales que suponen riesgos adicionales de enfermedades mentales o físicas. Por el contrario, cuando existe un equilibrio entre las condiciones de trabajo y los factores

humanos, el trabajo crea una sensación de dominio y autoestima, aumenta la motivación, la capacidad de trabajo y la satisfacción, y mejora la salud (2016, p. 13).

Sobre el particular, la autora nos recuerda que los términos “factores de riesgo psicosocial” y “riesgos psicosociales” se suelen utilizar indistintamente en la literatura científica; sin embargo, resalta la importancia de precisar que -en estricto- un “factor de riesgo” alude a un peligro, esto es, a la capacidad potencial de que un agente, proceso o situación (como el medioambiente y/o la organización del trabajo) cause daño a la salud en el trabajo; mientras que el “riesgo” se refiere propiamente a la probabilidad de que la salud de un trabajador o trabajadora se vea perjudicada si se expone a un factor de riesgo psicosocial.

En definitiva, “los factores de riesgo psicosocial son los aspectos del diseño y la gestión del trabajo y sus contextos sociales y organizativos que pueden llegar a causar daño psicológico o físico” (Forastieri, 2016, p. 13).

En el ámbito nacional, y siguiendo la misma línea antes reseñada, tenemos que el Manual de Salud Ocupacional del Ministerio de Salud [MINSA] (2005) define los “factores de riesgo psicosocial” como todas aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar o la salud (física, psíquica y social) del trabajador, así como al desarrollo del trabajo.

Por su parte, el “riesgo psicosocial” viene a ser la probabilidad de que un factor de riesgo psicosocial se materialice en determinadas condiciones y genere daños a los trabajadores, a través de cambios en su comportamiento, alteraciones en el área cognitiva, deterioro de la integridad física y mental, así como en el lugar de trabajo debido al ausentismo, mayor frecuencia de accidentes, pérdidas económicas en la producción y productividad laboral.

En suma, partiendo de la premisa de que no existe trabajo inocuo y que todo trabajo afecta la salud de las y los trabajadores en sus diversas dimensiones, podemos resumir lo expuesto en los párrafos precedente a través del siguiente cuadro:



Tabla 1
Principales conceptos aplicables

Concepto	Factor de riesgo	Riesgo	Daño
Definición	Peligro. Capacidad potencial de que un elemento cause daño a la salud.	Probabilidad de que se materialice el daño a la salud de una persona cuando se expone al factor de riesgo.	Enfermedad. Afectación o perjuicio al bienestar y a la salud (física, psíquica y social) del trabajador/a.
Ejemplos desde la dimensión psicosocial	Carga y ritmo de trabajo: Conjunto de requerimientos físicos y mentales a los que se ve sometido el trabajador a lo largo de su jornada laboral.	Sobrecarga de trabajo, ritmos excesivos, jornadas extenuantes, elevada presión temporal, trabajo continuamente sujeto a plazo.	Ansiedad Depresión Estrés laboral Síndrome de burnout
	Estructura y cultura organizacional: Formas en que se divide el trabajo y la manera en que se relaciona cada unidad de una organización. Compendio de valores, reglas, procedimientos y principios que comparten todos los integrantes de una organización.	Deficiente comunicación, poco apoyo para resolver problemas y para el desarrollo personal, falta de definición de objetivos de la organización (o falta de acuerdo sobre ellos).	
	Equilibrio entre la vida familiar, laboral y personal: responsabilidad que recae en la persona que trabaja para atender simultáneamente las demandas del ámbito no remunerado (casa y familia) y las demandas del trabajo asalariado.	Ausencia de medidas que coadyuven -desde la organización empresarial- a promover la corresponsabilidad entre géneros y la disponibilidad de tiempo para armonizar las responsabilidades familiares y laborales.	

Nota: Elaboración propia a partir de OIT, 1986; Forastieri, 2016; y MINSA, 2005.

Existen, pues, diversos factores de riesgo que son inherentes a todo entorno laboral, que están directamente relacionados con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar y la salud (física y mental) de las y los trabajadores y el desarrollo del propio trabajo.

Considerando lo anterior, y con el objetivo de promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país, la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo – LSST y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 005-2012-TR – RLSST establecen un conjunto de obligaciones para el empleador cuyo objetivo central es controlar los factores de riesgo y prevenir la ocurrencia de accidentes y enfermedades profesionales.

Así, por ejemplo, el artículo 56 de LSST establece que el empleador prevé que la exposición a los factores físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores.

Por su parte, el artículo 33 del RLSST dispone que el registro del monitoreo de factores físicos, químicos, biológicos, psicosociales y factores de riesgo disergonómicos, a cargo del empleador, es un registro obligatorio del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Finalmente, el artículo 103 del RLSST señala que el empleador es responsable de realizar el análisis de los factores de riesgo (psicosociales) identificados en la evaluación de riesgos y el monitoreo periódico de la vigilancia de la salud (mental) colectiva de los trabajadores, a fin de adoptar acciones de mejora eficaces para garantizar la salud (mental) de los trabajadores, y hacer seguimiento a su implementación.

2.3. Enfermedades vinculadas a los riesgos psicosociales en el trabajo

En el “Informe mundial sobre salud mental de la OMS” (2022b), se nos recuerda que la salud mental -como parte integrante de nuestra salud general- es un derecho humano fundamental, y que es el resultado de un complejo proceso continuo, con experiencias que abarcan desde un estado óptimo de bienestar hasta estados debilitantes de gran sufrimiento y dolor emocional.

En esa línea, el citado informe resalta que las personas con trastornos mentales son más propensas a experimentar niveles



más bajos de bienestar mental, pero esto no siempre es así, sino que depende de un conjunto de diversos y variables factores individuales, familiares, comunitarios y estructurales. Pero lo cierto es que, en todos los países, las enfermedades relacionadas con la salud mental son muy frecuentes.

En efecto, según la OMS (2022b), aproximadamente 1 de cada 8 personas en el mundo sufre algún trastorno mental, siendo los trastornos de ansiedad y los trastornos depresivos los más comunes tanto en hombres como en mujeres.

Según la literatura científica especializada, dentro de las principales enfermedades vinculadas a los factores de riesgo psicosociales en el trabajo se pueden identificar las siguientes:

Antes de finalizar el presente apartado, y sin ánimo de agotar el estudio de los trastornos mentales antes descritos, resulta interesante destacar que el término *burnout* fue enunciado por vez primera en 1974 por el psicoanalista Herbert Freudenberger, quien refirió que el síndrome es producto del estrés laboral de curso crónico que deriva en el agotamiento emocional, ausencia de la personalidad, disminución de la autoestima, ineficiencia en la realización de las tareas y dificultades en la comunicación interpersonal (García Rodríguez et al., 2021).

Sin embargo, en el año 2019 la OMS actualizó la definición de *burnout* y lo volvió a caracterizar como un fenómeno relacionado con el trabajo:

Síndrome conceptualizado como resultado del estrés laboral crónico que no se ha gestionado con éxito. Se caracteriza por tres dimensiones: sentimientos de agotamiento o agotamiento de energía; aumento de la distancia mental del propio trabajo, o sentimientos de negativismo o cinismo relacionados con el

propio trabajo; y reducir eficacia profesional. El *burnout* se refiere específicamente a fenómenos en el contexto laboral y no debe aplicarse para describir experiencias en otras áreas de la vida (Leitão, Pereira y Gonçalves, 2021, p. 5).

2.4. Consecuencias en el trabajo: absentismo y presentismo

Según lo expuesto en los apartados anteriores, podemos concluir que todo trabajo afecta la salud de las y los trabajadores en sus diversas dimensiones, habida cuenta que toda organización empresarial en la que se trabaja conlleva de manera inherente un conjunto de peligros o factores de riesgo, dentro de los que se ubican los psicosociales.

Luego, la probabilidad de que se materialice la afectación o el daño a la salud (enfermedad) cuando un/a trabajador/a se expone al factor de riesgo dependerá de las condiciones específicas de la actividad, del centro laboral y del cumplimiento (o no) del marco normativo en materia seguridad y salud en el trabajo.

Hemos visto también que, tratándose de factores de riesgo psicosociales en el trabajo, las principales enfermedades vinculadas son la ansiedad, la depresión, el estrés laboral y el síndrome del *burnout*. Lo que nos resta ahora es analizar las consecuencias que implican para las organizaciones empresariales la

Tabla 2

Principales enfermedades vinculadas a los factores de riesgo psicosociales en el trabajo

Ansiedad	Depresión	Estrés laboral	Síndrome de burnout
Los trastornos de ansiedad implican sentimientos abrumadores, miedo o preocupación que pueden interferir con el rendimiento laboral y la calidad de vida en general. Los ejemplos incluyen trastorno de ansiedad generalizada relacionados con el trabajo, trastorno de pánico relacionado con el trabajo y trastorno de estrés postraumático ocupacional.	Es un tipo específico de trastorno depresivo que se desarrolla como resultado de factores relacionados con el trabajo y pueden tener un impacto significativo en la vida laboral y el bienestar general de una persona. Factores como el exceso de trabajo, la falta de apoyo emocional, el acoso laboral, la falta de control sobre las tareas y la inseguridad laboral pueden aumentar el riesgo de depresión entre los trabajadores.	Es un conjunto de reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y del comportamiento a ciertos aspectos que pueden ser adversos o nocivos del contenido, la organización o el entorno del trabajo. Es un estado que se caracteriza por altos niveles de excitación y de angustia, con la frecuente sensación de "no poder hacer frente a la situación". Tiene un efecto negativo en la producción o respuesta del trabajador.	Estado de agotamiento físico, emocional y mental que resulta de la exposición prolongada al estrés laboral crónico. Síntomas: sensación de cansancio extremo, desmotivación, apatía o disminución en el rendimiento laboral. Suele manifestarse en personas que trabajan en profesiones que implican un alto nivel de responsabilidad, carga de trabajo intensa, y/o exposición a situaciones emocionalmente exigentes.

Nota: Elaboración propia a partir de ESSALUD-CEPRIT y MTPE.



ocurrencia de estas enfermedades que afectan la salud mental de las y los trabajadores

Para ello nos remitimos al estudio de Bubonya, Cobb-Clark & Wooden (2016), quienes afirman que existe amplia literatura que identifica la pérdida de productividad laboral como la principal consecuencia relacionada con la enfermedad mental del personal; pérdida de productividad laboral que se manifiesta en dos fenómenos: (i) ausencia al centro laboral (absentismo) y (ii) disminución de la productividad en el trabajo (presentismo).

Según Bubonya, Cobb-Clark & Wooden, el absentismo se define como la falta de asistencia al trabajo programado, lo que supone un costo para las empresas en términos de pérdida de productividad. Uno de los determinantes más importantes del absentismo es el estado de salud de los trabajadores, de ahí que no resulte extraño que se haya encontrado evidencia consistente de que las personas con problemas de salud mental tienen una propensión relativamente alta a ausentarse del trabajo.

Por otro lado, el presentismo ha sido definido en la literatura ya sea como el acto de asistir al trabajo mientras se está enfermo, o la disminución del rendimiento en el trabajo debido a la presencia de problemas de salud. El autor destaca que “el primero conceptualiza el presentismo como el inverso del ausentismo, es decir, condicional. En caso de enfermedad, los empleados deben elegir entre estar ausentes o presentes en el trabajo. Por el contrario, este último se centra en las posibles consecuencias para la productividad de ir a trabajar estando enfermo” (Bubonya, Cobb-Clark & Wooden, 2016, p. 7).

Los investigadores reconocen cada vez más que el absentismo y el presentismo son resultado del mismo proceso de decisión: los trabajadores que enferman deben tomar la decisión de ir a trabajar o quedarse en casa; y esta decisión se toma sobre la base de los costos y beneficios de las opciones alternativas que se les presentan.

Siguiendo a Bubonya, Cobb-Clark & Wooden, las políticas y prácticas en el lugar de trabajo que afectan a una opción también afectarán a la otra. Por ejemplo, una empresa que desincentiva a su personal a ausentarse del trabajo (a través, por ejemplo, de políticas que premian la asistencia o el trabajo colaborativo en equipo) incentivará un mayor presentismo; sin embargo, pierde de vista que los trabajadores que eligen ir a trabajar cuando están enfermos pueden recaer, lo que conllevará a mayores ausencias a largo plazo.

Finalmente, la decisión de los trabajadores que enferman de ir a trabajar o quedarse en casa también se ven influenciadas por sus circunstancias personales. En efecto, “los trabajadores que se encuentran enfermos pueden optar por ir a trabajar, especialmente si se encuentran en situaciones laborales vulnerables, a pesar de tener derecho a una licencia por enfermedad. En el proceso de tomar una decisión, los

trabajadores forman expectativas tanto sobre su nivel de productividad en el trabajo en caso de que vayan a trabajar como sobre las pérdidas de productividad de sus empresas en caso de que no lo hagan” (Bubonya, Cobb-Clark & Wooden, 2016, p. 17).

3. Estado actual del problema público

3.1. Panorama global y principales indicadores

Como hemos expuesto ampliamente en los apartados anteriores, la principal consecuencia para las organizaciones empresariales relacionada con la enfermedad mental de su personal es la pérdida de productividad laboral. Dicha pérdida se manifiesta a través del presentismo laboral (donde se encuentran los mayores costos financieros), el ausentismo y la rotación de personal, que afectan -en términos de costos- tanto a los trabajadores como a los empleadores y a la economía en general OMS (2022a).

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] (2021), en cualquier momento, alrededor del 20% de la población mundial experimenta un trastorno mental, y se estima que el costo total que generan los problemas de salud mental es de al menos el 4% del PBI global, en particular por la reducción de la productividad y el aumento del absentismo, el gasto social y de los sistemas de atención sanitaria. Adicionalmente, el estudio de la OCDE alerta acerca de que las personas con problemas de salud mental tienen tasas de empleo más bajas, tasas más altas de desempleo y menores salarios.

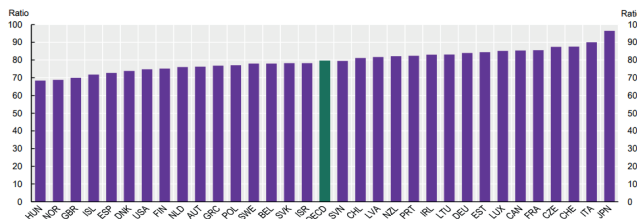
Efectivamente, en todos los países de la OCDE examinados, los trabajadores con algún tipo de problema de salud mental tuvieron tasas de empleo más bajas que aquellos que no adolecen dichos trastornos. El gráfico siguiente muestra la relación entre las tasas de empleo de estos dos grupos. En promedio, la brecha en la tasa de empleo de las personas con una afección de salud mental fue un 20% menor que la de las que no la tenían. La brecha laboral en salud mental



oscila entre más del 30% en Hungría, Noruega y el Reino Unido, el 10% en Italia y solo el 3,6% en Japón (OCDE, 2021, p. 24).

Figura 2
Brecha en la tasa de empleo de las personas con una afección de salud mental

Figure 2.1. The employment gap between persons with and without mental health condition is large
Employment rate ratio between persons with and without a mental health condition, mid-2010s¹

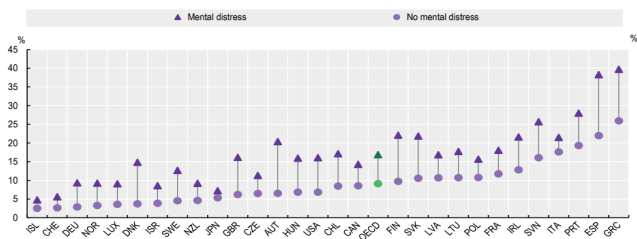


Nota: Tomado de Data OCDE en <https://stat.link/bhoky>

Por otro lado, muchas personas que reportan una condición de salud mental buscan un empleo, pero no pueden encontrarlo. El gráfico siguiente muestra que el desempleo es mucho más prevalente entre aquellos que tienen una condición de salud mental. En los países de la OCDE examinados, la tasa de desempleo fue 7.7 puntos porcentuales más alta para las personas que reportaron una condición de salud mental que para aquellas que no reportaron dicha condición, lo que sugiere que las personas con peor salud mental están buscando trabajos sin éxito, o que están haciendo la transición con más frecuencia hacia y sin trabajo, o ambos (OCDE, 2021, p. 26).

Figura 3
Brecha en la tasa de desempleo de las personas con una afección de salud mental

Figure 2.3. Persons reporting mental health conditions are much more likely to be unemployed
Unemployed working-age individuals as a share of the labour force, by mental health status, mid-2010s¹



Nota: Tomado de Data OCDE en <https://stat.link/i9d087>

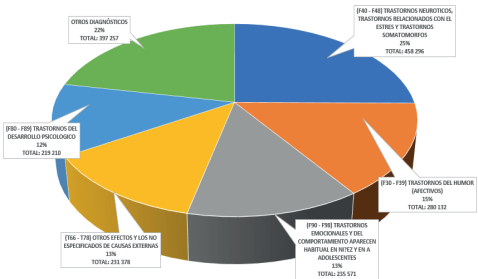
3.2. Situación de la salud mental en el Perú

Si bien en el país no existe una fuente oficial sobre enfermedades vinculadas a la salud mental en el trabajo, hemos utilizado como fuentes secundarias los reportes del MINSA sobre casos de salud mental atendidos a nivel nacional, así como

los reportes de las redes asistenciales del Seguro Social de Salud [ESSALUD] respecto a las atenciones de trabajadores asegurados por diagnóstico de trastornos mentales y del comportamiento.

Respecto a lo primero, tenemos que en el año 2023 se registraron 1 821 844 casos atendidos por problemas de salud mental en el MINSA a nivel nacional. Entre los casos más frecuentes tenemos “trastornos neuróticos” con 25%, seguido de “trastornos del humor (afectivos)” con 15%, “trastornos emocionales y del comportamiento” con 13%, “otros efectos y no especificados de causas externas” con 13%, “trastornos del desarrollo psicológico” con 12% y “otros diagnósticos” con 22%.

Figura 4
Perú: Porcentaje de casos atendidos por problemas de salud mental en 2023



Nota: Elaborado por la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo del MTPE a partir de HISMINSA - Ministerio de Salud.

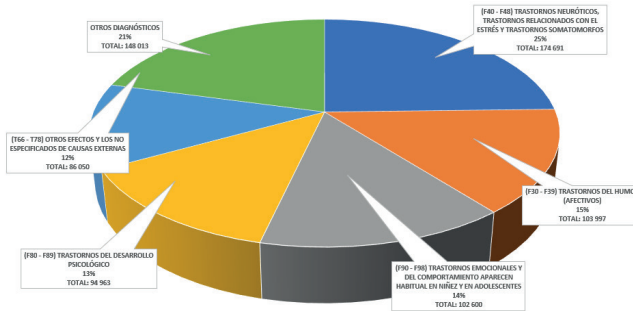
Ahora bien, del referido total de 1 821 844 casos atendidos por problemas de salud mental en el MINSA durante el año 2023 a nivel nacional, se puede identificar que las 4 Direcciones de Redes Integradas de Salud [DIRIS] con más casos atendidos se ubican en la Región Lima y son Lima Centro, Lima Sur, Lima Norte y Lima Este. Mientras que a nivel de provincias destacan Arequipa, La Libertad, Junín, Cusco y Lambayeque con la mayor cantidad de casos atendidos por problemas de salud mental de su población.

Por su parte, hasta el mes de mayo del año 2024 se registraron un total de 710 314 casos atendidos por problemas de salud



mental en el MINSA a nivel nacional. Entre los casos más frecuentes podemos identificar los “trastornos neuróticos” con 25%, seguido de “trastornos del humor (afectivos)” con 15%, “trastornos emocionales y del comportamiento” con 14%, “trastornos del desarrollo psicológico” con 13%, “otros efectos y no especificados” con 12% y “otros diagnósticos” con 21%.

Figura 5
Perú: Porcentaje de casos atendidos por problemas de salud mental en 2024



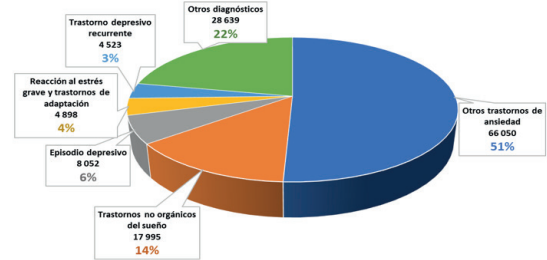
Nota: Elaborado por la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo del MTPE a partir de HISMINSA - Ministerio de Salud.

Tal como sucedió en el año 2023, del total de 710 314 casos atendidos por problemas de salud mental en el MINSA hasta el mes de mayo de 2024 a nivel nacional, también son las 4 DIRIS de la Región Lima las que concentran el mayor número de atenciones, y Arequipa, La Libertad, Junín, Cusco y Lambayeque con la mayor cantidad de casos atendidos a nivel provincial.

En cuanto a la segunda fuente de información constituida por los reportes de las redes asistenciales de ESSALUD, tenemos que durante el año 2023 se registraron 130 157 casos de trabajadores asegurados con diagnóstico de trastornos mentales y del comportamiento. Entre los diagnósticos más frecuentes tenemos “trastornos de ansiedad” con 51%, seguido de “trastornos no orgánicos del sueño” con 14%, “episodio depresivo” con 6%, “reacción al estrés grave y trastornos de adaptación” con 4%, “trastorno depresivo recurrente” con 3% y “otros diagnósticos” con 22%.

Cabe destacar que ESSALUD cuenta con un total de 30 redes asistenciales a nivel nacional. De ellas, las 3 redes con un mayor número de casos de diagnósticos en el 2023 se ubican en la Región Lima y son Rebagliati, Almenara y Sabogal. Mientras que a nivel de provincias destacan Arequipa, seguido de La Libertad, Lambayeque, Piura e Ica. Además, se evidencian más diagnósticos por parte de la población femenina donde 7 de cada 10 diagnósticos corresponden a mujeres.

Figura 6
Perú: Trabajadores asegurados por diagnóstico de trastornos mentales en 2023



Nota: Elaborado por la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo [DSST], a partir del Servicio de Salud Inteligente de ESSALUD [ESSI].

Tabla 3
Perú: Número y porcentaje de redes asistenciales de ESSALUD con más diagnósticos de trastornos mentales y del comportamiento por sexo en 2023

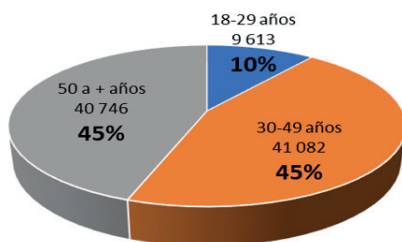
REDES	MUJERES	HOMBRES	TOTAL	PORCENTAJE
R.A. REBAGLIATI	14 031	6 256	20 287	16%
R.A. ALMENARA	11 989	5 463	17 452	13%
R.A. SABOGAL	9 449	3 986	13 435	10%
R.A. AREQUIPA	8 745	3 105	11 850	9%
R.A. LA LIBERTAD	6 499	2 668	9 167	7%
R.A. LAMBAYEQUE	3 518	1 683	5 201	4%
R.A. PIURA	3 495	1 475	4 970	4%
R.A. ICA	3 391	1 462	4 853	4%
Otras	30 324	12 618	42 942	33%
TOTAL	91 441 (70%)	38 716 (30%)	130 157 (100%)	100%

Nota: Elaborado por la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo [DSST], a partir del Servicio de Salud Inteligente de ESSALUD [ESSI].

Finalmente, debemos resaltar que, durante el año 2023, en la población femenina, el 90% de los casos trastornos mentales y del comportamiento correspondían a mujeres con 30 años o más. De otro lado, en el caso de la población masculina, las personas con 30 años a más representaron el 84% del total. Cabe destacar que, en la población en general los jóvenes (de 18 a 29 años) presentaron en menor medida trastornos mentales y del comportamiento, solo 1 de cada 10 diagnósticos corresponde a la población juvenil.

**Figura 7**

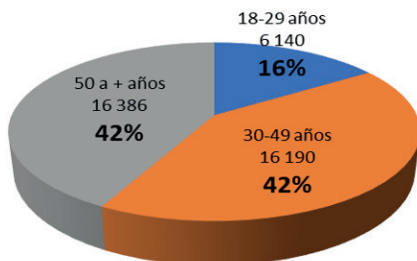
Perú: Porcentaje de trabajadoras aseguradas por diagnóstico de trastornos mentales y del comportamiento según rango de edad en 2023



Nota: Elaborado por la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo [DSST], a partir del Servicio de Salud Inteligente de ESSALUD [ESSI].

Figura 8

Perú: Porcentaje de trabajadores asegurados por diagnóstico de trastornos mentales y del comportamiento según rango de edad en 2023



Nota: Elaborado por la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo (DSST), a partir del Servicio de Salud Inteligente de ESSALUD [ESSI].

3.3. Salud mental y productividad laboral

Como se ha visto ya en apartados precedentes, las consecuencias económicas de los trastornos mentales en el ámbito laboral resultan impactantes. Como señala la OMS (2022b), las pérdidas de productividad en las empresas y los costos indirectos para la sociedad superan con creces los costos de la atención de salud.

Sin embargo, pese a ser generalizados y costosos, los trastornos mentales están gravemente desatendidos, pues los sistemas de salud mental adolecen en todo el mundo de importantes deficiencias en materia de investigación, recursos y servicios. Según advierte el organismo internacional, “en promedio, los países dedican menos del 2% de sus presupuestos

de atención de salud a la salud mental. La mayoría de las personas que sufren trastornos mentales no recibe ningún tratamiento. En todos los países, las lagunas en la cobertura de servicios se ven agravadas por la variable calidad de la atención” (OMS, 2022b, p. 4).

Investigaciones antiguas y recientes dan cuenta de la relación directamente proporcional que existe entre una mala salud mental y la reducción de la productividad laboral; lo que, además, puede generar conflictos sociales y agravar los ciclos de pobreza.

Según De Vicente et al. (2009), ya desde inicios del presente milenio, los trastornos mentales como la ansiedad, la depresión y el estrés constituían las principales causas de incapacidad laboral temporal y permanente en los países desarrollados. De hecho, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo estimaba que entre el 50% y el 60% de las ausencias al trabajo que se producían al año se debían a situaciones de estrés.

En esa misma línea, los autores citados destacan que la pérdida de días de trabajo se traduce en importantes costos económicos para las organizaciones empresariales, en tanto que el absentismo conduce a mayor rotación de personal, reducción en el desempeño y la productividad e, incluso, a más altas tasas de accidentes laborales.

De manera incluso más específica, en el estudio de Burton et al. (2008) se afirma que los costos económicos originados en trastornos mentales como la depresión laboral se estiman en decenas de miles de millones de dólares debido en gran medida a las pérdidas de productividad en el trabajo.

En efecto, las diversas investigaciones ampliamente citadas en el estudio indican, por ejemplo:

Que el costo anual para los empleadores en los EE.UU. por una depresión mayor fue de 43.700 millones de dólares en 1990 en términos de pérdida de trabajo y reducción de la productividad. En los Países Bajos, las pérdidas de productividad asociadas a los problemas de salud mental se estimaron en 9.400 millones de euros en 2004 (...) y los costos de las bajas por enfermedad y la jubilación anticipada [en



Suecia] debido a la depresión fueron de alrededor de 3 mil millones de euros en 2005 (Burton et al., 2008, p. 79).

Más recientemente, el estudio conducido por De Oliveira et al. (2023) concluyó que, utilizando un enfoque de capital humano, la carga económica mundial estimada de las enfermedades mentales fue de 2,5 billones de dólares en 2010 y que aumentará a 6,1 billones de dólares hacia el año 2030.

De hecho, en casi todos los estudios revisados en la citada investigación se encontró una asociación positiva entre la presencia de enfermedades y trastornos mentales y la pérdida de productividad; en conclusión, se “encontró pruebas claras de que la mala salud mental, típicamente medida como depresión y/o ansiedad, se asoció con la pérdida de productividad, es decir, un aumento del ausentismo y el presentismo” (De Oliveira et al., 2023, p. 191).

Visto el problema desde otra perspectiva, resulta de sumo interés citar a Kuroda & Yamamoto (2018), quienes estudiaron el efecto que los jefes y/o supervisores tenían sobre la salud mental de los trabajadores. Dentro de los principales hallazgos del estudio destacan los siguientes: (i) una buena comunicación de los jefes con el personal y unas competencias gerenciales adecuadas mejoran significativamente la salud mental de los empleados; (ii) la buena comunicación entre el jefe y su personal mejora la productividad de este último y reduce el ausentismo y el presentismo; y, (iii) la mala comunicación y la baja competencia de los jefes aumenta la probabilidad de renunciar de los trabajadores.

Complementando la mirada anterior, Salazar et al. (2009) pone el énfasis en el clima y la cultura organizacional como componentes de vital importancia para incrementar la productividad laboral. Basan su enfoque en reconocer que todo trabajador es un ser biopsicosocial, razón por la cual su salud y bienestar son partes integrantes no sólo de su vida sino también de su trabajo. Por ello, inciden en que el ambiente laboral puede ser una fuente de salud para los trabajadores siempre que exista un clima que cree confianza y favorezca la eliminación de sentimientos y actitudes negativas hacia la organización. En suma,

Una organización con una baja calidad de vida o un clima organizacional deficiente puede dañar la salud mental y física de su colectivo laboral (...) Cuando uno o más de los factores estresantes se mantienen activos, las respuestas, que al inicio pueden ser reversibles a corto plazo, pueden originar modificaciones más estables y menos reversibles de la salud mental, como el agotamiento, las psicosis o un trastorno depresivo mayor (Salazar et al., 2009, p. 71).

4. Retos y Conclusiones

Una idea queda bastante clara y evidenciada de todo lo dicho hasta acá: el costo económico de las enfermedades mentales

se debe, fundamentalmente, a que las y los trabajadores son menos productivos cuando tienen problemas de salud mental.

Por ello, la OCDE ha calificado a la salud mental como un apremiante reto para el mercado laboral y ha alertado que “existe una necesidad urgente de identificar formas en que las políticas de empleo y las prácticas de los empleadores pueden rediseñarse para apoyar la inclusión y la productividad de las personas que padecen enfermedades mentales” (Bubonya, Cobb-Clark & Wooden, 2016, p. 4).

Esta necesidad urgente de atender integralmente los problemas de salud mental -en general- viene siendo abordada por la OMS a través de la implementación del “Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2030” (OMS, 2021), cuyo objetivo es actuar como una respuesta integral y coordinada de los sectores sanitario y social de los países, abarcando los ámbitos de servicios, políticas, leyes, planes, estrategias y programas.

Sobre el particular, nos interesa destacar el Objetivo 3 del “Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2030”, que consiste en poner en práctica estrategias de promoción y prevención en el campo de la salud mental; dentro de cuyas opciones de implementación se consideran, por ejemplo, la lucha contra la discriminación en el lugar de trabajo contra las personas con trastornos mentales y discapacidades psicosociales, así como la promoción de condiciones de trabajo seguras y decentes para todos, prestando especial atención a:

La implementación de programas científicamente contrastados para promover el bienestar mental y prevenir los trastornos de salud mental, incluida la capacitación de los directivos para que favorezcan el bienestar mental de sus empleados; la introducción de intervenciones para la gestión del estrés y programas de bienestar laboral; y la lucha contra la estigmatización y la discriminación (OMS, 2021, p. 30).

De manera complementaria, y en el ámbito específico laboral, la OMS ha aprobado también las “Directrices de la OMS sobre salud mental en el trabajo” (OMS, 2022a), a través de las cuales proporciona orientaciones mundiales para la



implementación de intervenciones basadas en evidencia en favor de la salud mental en el trabajo, tales como capacitación de gestores y trabajadores e intervenciones individuales para la promoción de la salud mental positiva y la prevención de los problemas de salud mental.

A continuación, presentamos un resumen de las directrices que podrían resultar de mayor impacto según lo analizado en el presente artículo:

Tabla 4
Resumen de las Directrices de la OMS sobre salud mental en el trabajo

Recomendaciones para las intervenciones organizacionales
Se puede valorar la aplicación de intervenciones organizacionales que aborden los factores de riesgo psicosocial, incluidas las que involucran enfoques participativos, para que los trabajadores puedan reducir el malestar emocional y para que mejoren los resultados relacionados con el trabajo.
Se deben implementar adaptaciones laborales razonables para los trabajadores con problemas de salud mental, incluidas las discapacidades psicosociales, en consonancia con los principios internacionales de derechos humanos.
Recomendaciones para la capacitación de gestores de salud mental
Debe impartirse capacitación a los gestores para apoyar la salud mental de sus trabajadores, con el objetivo de mejorar los conocimientos, las actitudes y los comportamientos de los gestores de salud mental y para mejorar los comportamientos de búsqueda de ayuda de los trabajadores.
Recomendaciones para la capacitación de los trabajadores
Capacitación con nociones y sensibilización en materia de salud mental para los trabajadores Se puede capacitar a los trabajadores con nociones y sensibilización en salud mental para mejorar sus conocimientos y sus actitudes relacionados con esta esfera, incluidas las actitudes estigmatizantes.
Se puede capacitar a los trabajadores de la salud, humanitarios y de emergencias con nociones y sensibilización en salud mental, con objeto de mejorar sus conocimientos y sus actitudes relacionados con esta esfera, incluidas las actitudes estigmatizantes.
Recomendaciones para las intervenciones individuales
Se puede valorar la aplicación universal de intervenciones psicosociales que tengan como objetivo desarrollar las habilidades de los trabajadores en el manejo del estrés, como las intervenciones basadas en la atención plena o los enfoques cognitivo-conductuales, para que promuevan una salud mental positiva, reduzcan el malestar emocional y mejoren la efectividad laboral. 8B Se puede valorar la posibilidad de brindar oportunidades para la actividad física basada en el ocio o el tiempo libre, como el entrenamiento de resistencia, el entrenamiento de fuerza, el entrenamiento aeróbico, caminar o el yoga, para que los trabajadores mejoren la salud mental y la capacidad de trabajo.
Se puede valorar la aplicación de intervenciones psicosociales dirigidas a los trabajadores con malestar emocional, como las basadas en enfoques de atención plena o cognitivo conductuales, o la capacitación para la resolución de problemas, con el fin de reducir estos síntomas y mejorar la efectividad laboral. En cuanto a los trabajadores con malestar emocional, se puede valorar el ejercicio físico, como el entrenamiento aeróbico y el entrenamiento con pesas, para reducir estos síntomas.

Nota: Elaborado propia a partir de OMS, 2022a.

4.1. Retos para la política pública

En el año 2015, la OCDE adoptó la “Recomendación de la OCDE sobre una política integrada de salud mental, competencias y trabajo”, a través de la cual estableció pautas sobre cómo los gobiernos pueden promover la prestación de servicios tempranos y plenamente integrados para mejorar los resultados sociales y del mercado laboral de las personas con problemas de salud mental.

La Recomendación en cuestión señala que una respuesta integral desde la política pública demanda no solo una acción intersectorial, sino también cambios en la prestación de los servicios públicos a partir de un enfoque tripartito caracterizado por: (i) la identificación del “quién”: intervención y apoyo de los profesionales adecuados y, especialmente, de los actores de primera línea; (ii) la identificación del “cuándo”: intervención temprana y preventiva, incluida la identificación oportuna de los problemas de salud mental; y, (iii) la identificación del “qué”: prestación efectiva de servicios e intervenciones integradas (OCDE, 2021, p. 11).

Desde esta perspectiva, y en lo que respecta al ámbito nacional, resulta evidente que la atención del problema público que supone la salud mental de las y los trabajadores del país es una tarea que recae en las competencias compartidas de -por lo menos- dos sectores del aparato estatal: el MINSA y el MTPE.

De hecho, conforme a ley, ambas entidades son entes supra rectores en materia de seguridad y salud en el trabajo e integran, junto con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo [CONSSAT], en una de cuyas últimas sesiones se aprobó por unanimidad el “Protocolo para la prevención y control de los factores de riesgos psicosociales en el trabajo”.

Queda pendiente, pues, la tarea de proseguir con el trámite correspondiente para la aprobación, publicación y entrada en vigencia de esta herramienta que ha sido elaborada producto del diálogo social



tripartito, y que permitirá abordar la identificación y evaluación de las dimensiones que tienen los factores de riesgo psicosociales, así como, establecer las medidas de control o intervención sobre los factores de riesgo psicosociales.

En la misma línea, y tal como adelantamos en el apartado correspondiente, en el Perú no existe aún una fuente oficial sobre enfermedades vinculadas a la salud mental en el trabajo. Sobre el particular, consideramos que corresponde al MTPE liderar la articulación, sistematización y difusión de las bases de datos y registros administrativos que obran en el MINSA, ESSALUD y otras entidades públicas competentes, a fin de que puedan integrarse al SAT y consolidar la data real y oportuna sobre el estado de la salud mental de las y los trabajadores del país.

Adicionalmente, nos permitimos sugerir al MTPE que -previa validación en el espacio de diálogo social tripartito del CONSSAT- apruebe un documento técnico-normativo que contenga lineamientos generales y vinculantes (a diferencia del Protocolo que no lo es) para una adecuada y pertinente supervisión de las condiciones de salud mental en el trabajo y, sobre todo, para la prevención oportuna de las enfermedades y trastornos mentales que afectan enormemente al personal, a la productividad de las empresas y, a la larga, del país.

Dichos lineamientos generales deberían estar plenamente alineados y fundamentados en las disposiciones establecidas por la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo al 2030, particularmente en el OP 02 -construir una cultura de prevención de riesgos en el entorno laboral, y en el OP 04- mejorar las condiciones de seguridad y salud en el entorno laboral de las y los trabajadores.

Asimismo, los lineamientos en cuestión podrían tomar como base y referencia los documentos técnicos de la OMS previamente comentados, tanto el “Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2030” como las “Directrices de la OMS sobre salud mental en el trabajo”; ciertamente, en aquellos componentes que se adecúen y sean pertinentes a la realidad del mercado de trabajo peruano y de su estructura empresarial.

4.2. Retos para las organizaciones empresariales

Como ya hemos desarrollado ampliamente en el presente artículo, existe vasta evidencia de que el costo que las enfermedades mentales tienen en la productividad de los trabajadores incide directamente en costos económicos sustanciales para las empresas y para la sociedad en general. En dicho contexto, Bubonya, Cobb-Clark & Wooden afirman que:

El potencial para reducir estos costos se basa en gran parte en que los empleadores desarrollen políticas de empleo y culturas laborales que apoyen a sus trabajadores con enfermedades mentales no solo para que asistan al trabajo, sino también para que sean productivos mientras están allí (2016, p. 26).

En la misma línea, la OCDE (2021) llama la atención acerca de la importancia crucial que tienen los lugares de trabajo para apoyar a los trabajadores que experimentan problemas de salud mental. Por ejemplo, estrategias para crear conciencia sobre la salud mental en el lugar de trabajo puede coadyuvar a reducir o eliminar el estigma y la discriminación, y las directrices sobre salud mental pueden ayudar a la plana directiva y compañeros en general a apoyar a las personas que experimentan problemas de salud mental en el trabajo.

Mas aun, el estudio es categórico al afirmar que:

Los lugares de trabajo son entornos en los que la mayoría de las personas pasan una parte importante de sus vidas, pero sigue habiendo una falta de concienciación y comprensión del impacto que la salud mental puede tener en el trabajo de las personas y de las pérdidas de productividad laboral que pueden resultar de una mala salud mental entre los empleados (OCDE, 2021, p. 21).

La misma opinión había sido ya expresada antes en el estudio liderado por Burton et al. (2008), en el que se afirmaba que muchas empresas aún no comprenden a cabalidad el alto costo que las malas condiciones de salud mental de sus empleados generan en la productividad empresarial. De ahí que proporcionar beneficios de atención de salud mental de calidad para ayudar a los empleados constituye un mecanismo eficiente de reducción de costos, pues hay clara evidencia de que aquellos que reciben la atención adecuada para su ansiedad o depresión tienen menos discapacidad y mayor productividad.

Complementariamente al diseño de planes de beneficios médicos, se sugiere que en todas las organizaciones empresariales los problemas de salud mental se incluyan en la formación en materia de seguridad y salud en el trabajo; “que las organizaciones realicen evaluaciones de riesgos relacionadas con la salud mental, el mantenimiento de los trabajadores con ansiedad y depresión en el trabajo o la rehabilitación de los trabajadores después de la ausencia requiere coordinación entre los gerentes y el personal de salud ocupacional;



y que la comunicación entre los profesionales de la salud y los empleadores es importante” (Burton et. al., 2008, p. 89).

Hemos mencionado también previamente el estudio de Kuroda & Yamamoto (2018), en el que se ha proporcionado evidencia de que las habilidades de gestión y comunicación de los jefes son factores esenciales para mejorar el bienestar y la productividad de los trabajadores; lo que ciertamente constituye a todas luces un reto no solo de los jefes, sino de toda la organización empresarial en su conjunto.

En esa misma línea, De Vicente et al. (2009) advertía ya que la identificación y urgencia de atender adecuadamente los problemas de salud mental en el trabajo estaba suponiendo un importante cambio en las políticas de las empresas. Así, bajo la idea de que un empleado que goza de buena salud es un profesional más productivo, se han venido implementando medidas que incluyen beneficios para la salud como flexibilidad horaria, trabajo remoto, cobertura sanitaria privada, chequeos médicos preventivos y, sobre todo, acciones encaminadas a lograr un mayor y mejor equilibrio entre trabajo, familia y vida personal.

Precisamente, Leitão, Pereira & Gonçalves (2021) ponen un énfasis muy particular en la importancia de la calidad de vida en el trabajo para la salud mental del personal y la productividad de las empresas. Según la literatura citada en el estudio en cuestión, el concepto central de calidad de vida en el trabajo es que toda organización empresarial se comprometa a mejorar el bienestar y la productividad de los empleados. La premisa detrás de dicho objetivo es que una organización no puede obtener resultados eficientes y efectivos de sus empleados sin que estos gocen de una adecuada calidad de vida en el trabajo, pues esta hace que los empleados de la organización estén más sanos, más comprometidos, trabajando y produciendo más y mejor. Por el contrario, se sostiene que

Los entornos laborales altamente estresantes se asocian con un mayor *burnout*, siendo el estrés del personal un predictor positivo del *burnout*, como ya lo manifestaron estudios previos. Tanto el agotamiento emocional como el *burnout* impactan negativamente en la productividad del trabajador, siendo formas extremas de estrés, causando agotamiento de energía y, por lo tanto, disminuyendo la productividad (Leitão, Pereira & Gonçalves, 2021, p.15).

4.3. Conclusiones

- Todo trabajo, sea intelectual o manual, presencial o virtual, afecta en mayor o menor medida la salud de las y los trabajadores en sus diversas dimensiones. No existe trabajo inocuo, por el contrario, el trabajo puede resultar potencialmente peligroso y afectarnos física y mentalmente.
- Existen diversos factores de riesgo o peligros que son inherentes a todo entorno laboral, que están directamente relacionados con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el

bienestar y la salud (física y mental) de las y los trabajadores y el desarrollo del propio trabajo. Dentro de estos factores de riesgo o peligros se ubican los “factores de riesgo psicosociales”.

- La probabilidad de que se materialice la afectación o el daño a la salud (enfermedad) cuando un/a trabajador/a se expone al factor de riesgo dependerá de las condiciones específicas de la actividad, del centro laboral y del cumplimiento (o no) del marco normativo en materia seguridad y salud en el trabajo. Tratándose de los factores de riesgo psicosociales en el trabajo, las principales enfermedades vinculadas son la ansiedad, la depresión, el estrés laboral y el síndrome del *burnout*.
- Según la OCDE (2021), en cualquier momento alrededor del 20% de la población mundial experimenta un trastorno mental, y se estima que el costo total que generan los problemas de salud mental es de al menos el 4 % del PBI global, en particular por la reducción de la productividad y el aumento del absentismo, el gasto social y de los sistemas de atención sanitaria. Adicionalmente, el estudio de la OCDE alerta acerca de que las personas con problemas de salud mental tienen tasas de empleo más bajas, tasas más altas de desempleo y menores salarios.
- La amplia literatura revisada identifica la pérdida de productividad laboral como la principal consecuencia relacionada con la enfermedad mental del personal; pérdida de productividad laboral que se manifiesta en dos fenómenos: (i) ausencia al centro laboral (absentismo) y (ii) disminución de la productividad en el trabajo (presentismo).
- Desafortunadamente, hay mucho que aún no entendemos sobre la forma en que el contexto laboral influye en el vínculo entre la enfermedad mental y la productividad del trabajador. Más aún, pese a lo evidencia sólida que vincula los problemas de salud mental y la baja productividad del mercado laboral, persiste un estigma generalizado y mitos peyorativos en torno a la salud mental. Por ello la promoción de la salud mental en todas las esferas de la sociedad y en el mundo del trabajo, en particular, resulta



crucial.

- La OMS (2022b) señala que hay tres motivos principales para invertir en salud mental: (i) porque representa una inversión a futuro y un importante impulso para la salud pública en general; (ii) porque la salud mental es un derecho humano que viene siendo desatendido sistemáticamente; y (iii) porque no hacerlo frena el desarrollo social al reducir la productividad, tensando con ello las relaciones sociales y agravando los ciclos de pobreza y desigualdad.

En conclusión, podemos afirmar que la implementación de medidas adecuadas para el cuidado de la salud mental de las y los trabajadores en el ámbito laboral y el efectivo cumplimiento por parte de los empleadores de garantizar un entorno seguro y saludable en todos los centros de trabajo tienen una íntima y positiva vinculación con la mejora de la productividad empresarial. De ahí que, la disminución del absentismo y del presentismo laboral y el aumento de la calidad de vida en el trabajo son dos de los grandes desafíos a los que las empresas deben hacer frente hoy en día.

Referencias bibliográficas

- Bubonya, M., Cobb-Clark, D. & Wooden, M. (2016). Mental Health and Productivity at Work: Does What You Do Matter? *Melbourne Institute Working Paper Series Working Paper*, (16), 1-54. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2769187>
- Burton, W. et al. (2008). The association of worker productivity and mental health: a review of the literature. *International Journal of Workplace Health Management*, 1(2), 78-94. <https://doi.org/10.1108/17538350810893883>
- Decreto Supremo 018-2021-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo al 2030. 24 de julio de 2021.
- Decreto Supremo 005-2012-TR [Poder Ejecutivo]. Reglamento de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. 1 de noviembre de 2016.
- De Oliveira, C. et al. (2023). The Role of Mental Health on Workplace Productivity: A Critical Review of the Literature. *Applied Health Economics and Health Policy*, 21(2), 167-193. <https://doi.org/10.1007/s40258-022-00761-w>
- De Vicente, A. et al. (2009). Salud mental y absentismo laboral: un binomio por resolver. *INFOCOP*, (41), 4-6. <https://www.cop.es/infocop/pdf/1661.pdf>
- Forastieri, V. (2016). Prevención de riesgos psicosociales y estrés laboral. *Boletín Internacional de Investigación Sindical*, 8(1-2), 11-37. https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay?vid=41ILO_INST:41ILO_V1&docid=alma995088785902676&lang=en&context=L
- García, R. et al. (2021). El síndrome de burnout y sus consecuencias en la salud mental de los docentes. *Revista Científica Sinapsis*, 1(19). <https://doi.org/10.37117/s.v19i1.392>
- Kuroda, S. & Yamamoto, I. (2018). Good boss, bad boss, workers' mental health and productivity: Evidence from Japan. *Japan and*

the World Economy, 48, 106-118. <https://doi.org/10.1016/j.japwor.2018.08.002>

Leitão, J., Pereira, D. & Gonçalves, A. (2021). Quality of Work Life and Contribution to Productivity Assessing the Moderator Effects of Burnout Syndrome. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18(5), 2425. <https://doi.org/10.3390/ijerph18052425>

Levy, S. (2008). *Good Intentions, Bad Outcomes: Social Policy, Informality and Economic Growth in Mexico*. s/e. <https://doi.org/10.5860/choice.46-2199>

Ministerio de Salud (2005). *Manual de Salud Ocupacional*. http://www.digesa.minsa.gob.pe/publicaciones/salud_ocupacional.asp

Organización Internacional del Trabajo (1986). *Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención, Informe del Comité Mixto OIT-OMS de Medicina del Trabajo, novena reunión, Ginebra, 18 al 24 de septiembre de 1984, Serie Seguridad, higiene y medicina del trabajo* (Número 56). https://ilo.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldisplay/alma992485103402676/41ILO_INST:41ILO_V2

Organización Internacional del Trabajo (2002). *Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo, ILO-OSH 2001*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40dcomm/%40_publications/publication/wcms_publ_9223116341_es.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2019). *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_686766.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2020). *Entornos seguros y saludables. Una guía para apoyar a las organizaciones empresariales a promover la seguridad y la salud en el trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@act_emp/documents/publication/wcms_764111.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2021). *Anticiparse a las crisis, prepararse y responder: Invertir hoy en sistemas resilientes de SST*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_dialogue/%40lab_admin/documents/publication/wcms_780968.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2022). *Un entorno de trabajo seguro y saludable: nuevo*



principio y derecho fundamental en el trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@lab_admin/documents/publication/wcms_851909.pdf

Organización Mundial de la Salud (2021). *Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2030*. <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240031029>

Organización Mundial de la Salud (2022a). *Directrices de la OMS sobre salud mental en el trabajo: resumen ejecutivo*. <https://www.who.int/es/publications/b/65964>

Organización Mundial de la Salud (2022b). *Informe mundial sobre salud mental: transformar la salud*

mental para todos. Panorama general. <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240050860>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2021). *Fitter Minds, Fitter Jobs: From Awareness to Change in Integrated Mental Health, Skills and Work Policies, Mental Health and Work*. <https://doi.org/10.1787/a0815d0f-en>

Quiñones, S. (2023). Entornos seguros y saludables en la informalidad: una tarea pendiente en la informalidad: una tarea pendiente para la Sunafil. *Soluciones Laborales*, (184), 120-134.

Salazar, J. et al. (2009). Clima y cultura organizacional: dos componentes esenciales en la productividad laboral. *ACIMED*, 20(4), 67-75. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_abstract&pid=s1024-94352009001000004

Sempere, A. (2001). *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo* (3.ª ed.). Civitas Ediciones. 



¿Tienen los empleadores el deber de seguir abonando salarios, a pesar de no recibir trabajo a cambio? Razones para su debida consideración^(*)^(**)

Do employers have a duty to continue paying wages in absence of work in return? Reasons to consider

A Susanella, la chica de los dos corazones

Ernesto Alonso Aguinaga Meza^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente trabajo, con motivo de lo sucedido antes y después de la pandemia, es un ejercicio de fundamentación dirigido a determinar las circunstancias que autorizan la imposición, vía legal, del deber empresarial de seguir abonando salarios, a pesar de no recibir -o siquiera esperar- trabajo a cambio. A estos efectos, primero, se demuestra que ya existe, en nuestro Derecho vigente, una poderosa razón jurídica para justificar intervenciones legislativas en ese sentido: la constitucionalizada dimensión social del salario. Posteriormente, a fin de apoyar al principio constitucional en cuestión, se sostiene que hay suficientes razones morales para implementar mecanismos distributivos de los ingresos o rentas empresariales que incluso abarquen supuestos en los que es fácticamente imposible ofrecer trabajo a cambio. Finalmente, apelando a la noción de “deber positivo especial”, se afirma que la mencionada disposición constitucional, es la materialización en el ámbito laboral del deber ético de toda persona de prestar auxilio a otras que se encuentran en una situación de peligro o necesidad, siempre que hacerlo suponga un esfuerzo o sacrificio trivial.

Palabras clave: Remuneración - Trabajo a cambio - Licencia con goce de haber - Salario social - Deberes extralaborales - Justicia distributiva - Deberes positivos especiales - Situación de peligro - Derecho Laboral

Abstract: This paper, drawing from what occurred before and after the pandemic, is a substantiation endeavour aimed at determining the grounds that authorize the imposition, by law, of the corporate duty to continue paying wages, despite not receiving -or even expecting- work in return. To this end, first, it shows that the law in force already provides a powerful legal reason to justify legislative interventions in this sense: the constitutionalized social dimension of wages. Subsequently, in order to support the constitutional principle in question, it argues that there are sufficient moral reasons to implement distributive mechanisms of business income that even cover cases in which it is factually impossible to offer work in exchange. Finally, appealing to the notion of “special positive duty”, it asserts that the aforementioned constitutional provision is the materialization in the labour sphere of the ethical duty of every person to provide assistance to others who are in a hazardous situation or need, provided that doing so involves a trivial effort or sacrifice.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 16 de agosto de 2024 y su publicación fue aprobada el 9 de noviembre de 2024.

(**) El autor agradece al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CICAJ), por el apoyo brindado para la realización del presente trabajo.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor ordinario, a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, adscrito a las áreas de Teoría del Derecho, Derecho Internacional, Derecho del Trabajo y Responsabilidad Social. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8435-070X>. Correo electrónico: a19967049@pucp.edu.pe y ernestoaguinagameza@gmail.com.



Keywords: Remuneration - Work in return - Paid leave - Social wage - Extra work duties - Distributive justice - Special positive duties - Hazardous situation - Labor Law

1. Introducción: ¿es posible imponerle al empleador el deber de seguir pagando salarios, a pesar de no recibir trabajo a cambio?

El 15 de marzo de 2020, se publicó el Decreto Supremo 044-2020-PCM que declaró el Estado de Emergencia Nacional por un plazo de 15 días calendario y, a su vez, dispuso “el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19” (artículo 1). Dado que la cuarentena implicaba, por justificadas razones sanitarias, una severa restricción a la libertad de tránsito, la gran mayoría de las personas trabajadoras se vieron impedidas de acudir a sus respectivos centros de labores⁽¹⁾.

Por esta razón, el mismo día, el Decreto de Urgencia 026-2020 dispuso la implementación del trabajo remoto (o la prestación de servicios desde el domicilio o lugar de aislamiento), siempre que la naturaleza de las labores así lo permitiera (artículo 16). ¿Y si las actividades involucradas eran indefectiblemente presenciales (limpieza, construcción, agricultura, etc.)? De ser ese el caso, los empleadores debían otorgar licencia con goce de haber compensable y, por ende, seguir abonando los salarios respectivos con cargo a cobrarse al volver a la presencialidad⁽²⁾.

Desde luego, en ese entonces no se pensó que la cuarentena sería sucesivamente prorrogada (hasta los 2 meses)⁽³⁾ y, sobre todo, que el proceso de reanudación de actividades económicas⁽⁴⁾, concluiría recién el 26 de septiembre de 2020⁽⁵⁾ (6 meses y medio después). ¿Esto significa que, durante todo ese tiempo, las empresas impedidas de implementar el trabajo remoto por la naturaleza

de sus labores, estuvieron legalmente obligadas a seguir pagando salarios? La respuesta habría sido afirmativa si, el 14 de abril de 2020, el Decreto de Urgencia 038-2020 (numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3) no les hubiera expresamente permitido optar por la suspensión perfecta de labores.

¿Y qué implicaba esto? Conforme con el Decreto Supremo 011-2020-TR, en tanto no se estaba recibiendo trabajo a cambio, esta medida autorizaba “el cese temporal de la obligación (...) del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin extinción del vínculo laboral” (artículo 5). Vale decir, desde el 14 de abril de 2020, las empresas dejaron de estar obligadas a otorgar licencia con goce de haber compensable, si la naturaleza de sus actividades impedía la prestación remota de servicios. A partir de ese momento, tenían permitido decidir no seguir haciéndolo y, con ese fin, solicitar a la Autoridad Administrativa de Trabajo la suspensión perfecta de labores⁽⁶⁾.

¿Y si contaban con capacidad económica para seguir pagando salarios, a pesar de ser imposible la prestación remota de servicios? Ese dato nunca fue tomado en consideración. Al parecer, para el gobierno de ese entonces, no era razonable o justo que una empresa que no podía operar por la naturaleza de sus actividades (al margen de su dimensión o real situación económica), siguiera estando legalmente obligada a abonar remuneraciones. Después de todo, había un hecho innegable: desde el inicio de la cuarentena, no estaban recibiendo trabajo a cambio. ¿No era este dato razón

(1) En general, todas aquellas que no desarrollaban actividades consideradas “esenciales”. Para un correcto entendimiento, véase el artículo 4 del Decreto Supremo 044-2020-PCM.

(2) En un inicio, la medida estuvo acotada a las y los trabajadores considerados en el grupo de riesgo, por edad y factores clínicos, de contraer Covid-19. Para mayor información, véase el artículo 20.2 del Decreto de Urgencia 026-2020. Sin embargo, el 20 de marzo de 2020, fue generalizada a toda persona trabajadora que, por la naturaleza de sus labores, estuviera impedida de desarrollar trabajo remoto. Para más detalles, véase el artículo 26.2 del Decreto de Urgencia 029-2020.

(3) Para una comprensión más completa, véanse los Decretos Supremos 051-2020-PCM, 064-2020-PCM y 075-2020-PCM.

(4) Iniciado el 3 de mayo de 2020 (la fase 1), mediante Decreto Supremo 080-2020-PCM.

(5) Para mayor detalle, véase el Decreto Supremo 157-2020-PCM. La fase 2 empezó con el Decreto Supremo 101-2020-PCM, mientras que la fase 3 entró en vigor con el Decreto Supremo 117-2020-PCM.

(6) Según el mismo Decreto de Urgencia 038-2020, el empleador debía presentar una declaración jurada, sujeta a verificación posterior, señalando que se encontraba incurso en este supuesto. El control *ex post* debía desarrollarse dentro de los 30 días hábiles siguientes y, luego de producido, la Autoridad Administrativa de Trabajo debía emitir la resolución correspondiente en un plazo máximo de 7 días hábiles. Si no lo hacía, se aplicaba el silencio administrativo positivo.



suficiente para suspender justificadamente la obligación legal de abonar salarios?⁽⁷⁾

Ahora bien, es un hecho que la suspensión perfecta de labores afectó a una gran cantidad de personas⁽⁸⁾. Sin embargo, también lo es que, por diferentes motivos, hubo un número no menor de asalariados a los que nunca se les llegó a aplicar, a pesar de estar imposibilitados de realizar trabajo remoto precisamente por la naturaleza de sus actividades. Esto se debe a lo siguiente:

- a) A varias empresas, cuyas actividades eran de naturaleza indefectiblemente presencial, se les denegó la misma por haber incumplido con el procedimiento respectivo (y, por ende, sus trabajadores estuvieron con licencia con goce de haber compensable hasta el reinicio de las actividades económicas suspendidas)⁽⁹⁾; y
- b) Por disposición del propio Decreto de Urgencia 038-2020 (artículo 4), no se podía aplicar esta medida a las personas consideradas dentro del grupo de riesgo, por edad y factores clínicos, de contraer Covid-19 (y que, por lo mismo, estuvieron con licencia con goce de haber compensable hasta la conclusión de la emergencia sanitaria, según el artículo 20.2 del Decreto de Urgencia 026-2020).

Esto quiere decir que, conforme con el Decreto de Urgencia 026-2020, dichas personas estaban legalmente obligadas, al retomarse la presencialidad, a compensar absolutamente todo el trabajo que adeudaban. Nótese que, dado que oficialmente todas las restricciones sanitarias recién se levantaron el 27 de octubre de 2022⁽¹⁰⁾, podía llegar a presentarse incluso el caso de asalariados que estuvieran debiendo más de 2 años de trabajo (contados desde el 15 de marzo de 2020), especialmente en el grupo considerado de riesgo.

Es por esta razón que, ya en plena presencialidad, el 1 de diciembre de 2022, se publicó la Ley 31632 que, a fin de abordar este asunto, establecieron las siguientes medidas (artículos 3, 5 y 6):

- a) Las horas acumuladas de licencia con goce de haber, solo podían compensarse con trabajo extra o con vacaciones no gozadas (se prohibió expresamente hacerlo mediante descuentos en las liquidaciones de beneficios sociales);
- b) De optarse por el primer caso, cada hora extra compensaba 3 horas acumuladas de licencia y, a estos efectos, no era posible exceder las 52 horas a la semana entre jornada ordinaria y horas adicionales de compensación;
- c) De elegirse el segundo supuesto, cada día pendiente de vacaciones compensaba 3 días acumulados de licencia y, a lo mucho, sólo se podían compensarse 15 días por periodo vacacional no gozado; y, sobre todo,
- d) El plazo máximo para realizar la compensación era de un año y, como tal, se consideró absuelto cualquier saldo no cancelado al cumplirse el mismo.

De este modo, y sólo por poner un ejemplo, con una jornada ordinaria de 48 horas a la semana, dentro del plazo señalado (que venció el 1 de diciembre de 2023),

- (7) Con un ejemplo se puede entender la dimensión del problema. El 30 de abril de 2020, Cineplex S.A., propietaria de la cadena de cines Cineplanet, solicitó la suspensión perfecta de labores de 2170 trabajadores, desde que era imposible la prestación remota de sus servicios, dada la naturaleza de sus actividades (venta al público de boletos o golosinas, limpieza de las salas de cine, proyección de las películas, etc.). No obstante, trascendió que: (i) el Grupo InterCorp, conglomerado empresarial al cual pertenecía dicha empresa, declaró el año 2019 como ingresos netos la suma de US\$ 126'800,000.00 dólares y, sobre todo, (ii) que el Sr. Carlos Rodríguez Pastor, su presidente ejecutivo, contaba con una fortuna personal ascendente a la suma de US\$ 4,100'000,000.00 dólares. Para mayor información, véase "Cineplanet: Empresa de grupo InterCorp suspenderá contratos de trabajadores sin pago", de Wayka.pe (2020), <https://wayka.pe/cineplanet-empresa-de-grupo-intercorp-suspendera-contratos-de-trabajadores-sin-pago/>
- (8) La OIT, al 7 de junio de 2020; contabilizó 245,000 trabajadores en suspensión perfecta de labores, concentrados especialmente en los sectores restaurantes y hoteles, servicios inmobiliarios, comercio, industria manufacturera y transporte. Para un correcto entendimiento, véase "Perú: impacto de la COVID-19 en el empleo y los ingresos laborales", de OIT (2020, p.14), <https://www.ilo.org/es/publications/peru-impacto-de-la-covid-19-en-el-empleo-y-los-ingresos-laborales>. Al 19 de julio del mismo año, conforme con OjoPúblico, este número había crecido a 328,817. Para mayor información, véase "Más de la mitad de empleos formales perdidos en pandemia fueron por suspensión perfecta", de Ojo Público (2020), en <https://ojo-publico.com/2140/el-55-del-empleo-formal-se-perdio-por-suspension-perfecta>
- (9) Es el caso, precisamente, de la solicitud de suspensión perfecta de labores presentada por Cineplex S.A. que, mediante Resolución directoral general 0181-2020-MTPE/2/14 del 17 de julio de 2020, fue declarada improcedente por incumplimiento del procedimiento estipulado en el Decreto Supremo 011-2020-TR. Para una comprensión más completa, véase la Resolución Directoral General 0181-2020-MTPE/2/14, en <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Resolucion-Direccional-General-181-2020-MTPE-Caso-Cinemark-LP.pdf>.
- (10) Con la publicación del Decreto Supremo 130-2022-PCM.



trabajando un total de 208 horas extras (el máximo posible, a razón de 4 horas adicionales a la semana), sólo se habría compensado 624 horas acumuladas de licencia con goce de haber (esto es, casi 3 meses). ¿Y si hubiera un muy probable saldo? De acuerdo con la fórmula, obligatoriamente debe ser considerado absuelto⁽¹¹⁾. ¿Y si se optaba por la otra modalidad? Tampoco permitía cobrar absolutamente todo lo adeudado: si por periodo pendiente se compensaba 45 días de licencia con goce de haber (15 x 3), entonces para cobrar hipotéticos 2 años debían estarse debiendo en total 16 periodos de descanso vacacional (algo extremadamente improbable).

En tal sentido, nuevamente sin tomarse en cuenta dimensiones o real situación económica, se liberó a las y los trabajadores de las empresas que nunca pudieron implementar trabajo remoto ni acogerse a la suspensión perfecta, del deber de pagar absolutamente todo el trabajo que adeudaban por las remuneraciones que efectivamente percibieron. Al parecer, para el gobierno de ese momento, a diferencia de lo sucedido el 14 de abril de 2020, sí era razonable -o justo- que las personas involucradas finalmente percibieran la mayor parte de su salario (en el peor de los casos, dos tercios, en el mejor, todo), sin tener que brindar trabajo a cambio. Después de todo, no ofrecieron sus servicios, no porque no quisieran, sino porque legalmente debían permanecer en aislamiento social. ¿Acaso no fue siempre este dato razón suficiente para justificadamente obligar a todos los empleadores a seguir pagando salarios?

Sin duda, habiendo pasado ya un tiempo prudencial, las medidas que se establecieron el 14 de abril de 2020 y el 1 de diciembre de 2022 merecen ser seriamente evaluadas. Y es que, detrás de las mismas hay diferentes consideraciones en relación con la posibilidad de imponerle al empleador el deber de abonar salarios, sin recibir -o esperar siquiera- trabajo a cambio (mientras que la primera entiende que no es posible, la segunda que sí). De este modo, en las líneas que siguen, se reflexionará sobre las circunstancias que necesariamente deberían ser consideradas, a fin de determinar si corresponde exigir el cumplimiento de una obligación de semejante magnitud. Se indagará, por tanto, por las razones jurídicas, pero sobre todo morales, que permitan justificar su eventual imposición, sobre todo en situaciones de peligro o necesidad (tal como la del Covid-19). Esto es, se hará un ejercicio de fundamentación.

Antes de empezar, es necesario subrayar que el presente trabajo, metodológicamente hablando, sigue el enfoque teórico denominado por Amartya Sen como “institucionalismo transcendental” que, al reflexionar sobre el problema de la justicia, en tanto heredero de la tradición contractualista, se concentra primero en “identificar los esquemas institucionales justos para la sociedad” y, a partir de los mismos, en evaluar

o juzgar alguna situación en particular (2010, pp. 37-40). Se sigue esta perspectiva metodológica porque, a lo que se dice más adelante, subyace la profunda convicción de que el problema que se está tratando (el deber de abonar salarios, sin recibir trabajo a cambio), puede -y debe- ser abordado desde el “arreglo institucional” en materia salarial ya plasmado en nuestro texto constitucional y, sobre todo, desde los principios de moralidad que están detrás del mismo justificándolo y, por ende, dándole sentido.

A estos efectos, en primer lugar, se demostrará que, en el Derecho vigente, no siempre la persona trabajadora debe ofrecer trabajo a cambio para percibir su remuneración y, sobre todo, que existe una poderosa razón jurídico-constitucional para justificarlo (el arreglo institucional ya existente). Luego, ya en el plano prescriptivo, se sugerirá que hay razones morales que apoyan la existencia de mecanismos distributivos de los ingresos que incluso abarcan supuestos en los que es imposible ofrecer trabajo a cambio.

Finalmente, situándonos en el ámbito de ética interpersonal, se sostendrá que toda persona -incluyendo a los empresarios- tiene el deber de prestar auxilio a otras que están en situación de peligro o necesidad, siempre que hacerlo suponga un esfuerzo o sacrificio trivial. A continuación, entonces, se ofrecen razones para, con motivo de las soluciones adoptadas durante y después de la pandemia, determinar con alcance general en qué circunstancia es posible imponer al empleador el deber de seguir abonando salarios, sin recibir trabajo a cambio.

2. Primera aproximación: no siempre la remuneración tiene carácter contraprestativo. La constitucional dimensión social del salario

Es inevitable abordar, en primer término, el problema señalado en la introducción desde el derecho laboral peruano en vigor. Y es

(11) El verbo “absolver”, en su primera acepción, significa “liberar de algún cargo u obligación” (Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea]. <https://dle.rae.es> [Fecha de la consulta: 13 de agosto de 2024]).



que, nuestra legislación laboral ya impone al empleador -y en situación de normalidad habría que añadir- la obligación de efectuar a la persona trabajadora una serie de pagos de carácter remunerativo, a pesar de no recibir trabajo a cambio. En efecto, si bien es cierto que la legislación vigente señala que “constituye remuneración (...) el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios” (artículo 6 del Decreto Supremo 003-97-TR - TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral [LPCL])⁽¹²⁾, también existen múltiples casos en los que la obligación legal de abonar la remuneración no se sustenta en la previa prestación de servicios por parte de la persona trabajadora (Ferro, 2019, p. 88; Pizarro, 2006, p. 67), tales como:

- a) Las vacaciones anuales y el descanso semanal obligatorio y en días feriados⁽¹³⁾;
- b) Los primeros 20 días de descanso por incapacidad temporal para el trabajo⁽¹⁴⁾;
- c) Los permisos y licencias para el desarrollo de actividades sindicales⁽¹⁵⁾;
- d) El permiso por lactancia materna de 1 hora diaria⁽¹⁶⁾;
- e) La licencia por paternidad de 10 días calendario consecutivos⁽¹⁷⁾;
- f) La licencia laboral por adopción de 30 días calendario⁽¹⁸⁾;
- g) La licencia hasta por 7 días calendario, a fin de asistir a un hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente enfermo diagnosticado en estado grave o terminal, o que haya sufrido un accidente que ponga en riesgo su vida⁽¹⁹⁾;
- h) La licencia de 5 días calendario por fallecimiento de cónyuge, padre o madre, hijas/os y/o hermanas/os⁽²⁰⁾;
- i) La licencia de 2 días hábiles al año para la realización de exámenes oncológicos preventivos⁽²¹⁾;
- j) La licencia de 1 día laboral al año para la realización del examen de detección temprana de cáncer de mama y cuello uterino⁽²²⁾;
- k) La licencia de hasta 5 días laborables en un periodo de 30

días o de 15 días laborables en un periodo de 180 días, para las víctimas de violencia física, psicológica, sexual, económica o patrimonial⁽²³⁾; y

- l) La licencia de 30 días naturales por año, para las y los trabajadores miembros del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo⁽²⁴⁾.

Como se puede apreciar, existen al menos 12 supuestos en los que la Ley le impone al empleador la obligación de remunerar periodos de inactividad laboral⁽²⁵⁾. Es por esta razón que en nuestro Derecho laboral:

La remuneración cuenta con una doble vertiente: como contraprestación y como obligación. En tal virtud, el sustrato básico de la remuneración se explica como consecuencia de la prestación efectiva de servicios, de manera que en ausencia de estas solo se adeudará la remuneración cuando la fuente del derecho así lo establezca, esto es, cuando medie un mandato legal expreso (vacaciones, feriados, etcétera) (Ferro, 2019, pp. 88-89).

Es, de ambas, la vertiente “obligación” la que me interesa. Y es que, con estos antecedentes, ¿no había razones para que el 14 de abril de 2020 se hiciera lo mismo? o, en todo caso, ¿está justificado entonces lo que se hizo el 1 de diciembre de 2022? Responder estas interrogantes indudablemente requiere indagar por los criterios que justifican las excepciones legales al carácter contraprestativo de la remuneración (asumiendo, desde luego, que tales criterios efectivamente existen). Dicho

- (12) Para la doctrina especializada, esas líneas expresan la “tesis de la contraprestación” que afirma que la remuneración es la contraprestación contractual por el trabajo previamente realizado (Arce, 2008, pp. 329, 334; Ferro, 2019, p. 89).
- (13) Estipulados en el Decreto Legislativo 713 y en su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 012-92-TR.
- (14) Previsto en el literal a.3) del artículo 12 de la Ley 26790 – Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.
- (15) Para más detalles, véase el Decreto Supremo 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.
- (16) Para un mejor entendimiento, véase la Ley 27240 y Ley 27403.
- (17) Si desea ampliar la información, véase la Ley 29409, modificada por la Ley 30807.
- (18) Para mayores prescripciones, véase la Ley 27409.
- (19) Para más detalles, véase la Ley 30012.
- (20) Al respecto, véase la Ley 31602.
- (21) Para una consulta más detallada, véase la Ley 31479.
- (22) Para ampliar detalles, véase la Ley 31561.
- (23) En cuando a ello, véase la Ley 30364.
- (24) Si precisa más detalles, véase el Decreto Supremo 005-2012-TR, Reglamento de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- (25) De conformidad con el artículo 12 de la misma LPCL, todos son supuestos de “suspensión del contrato de trabajo” en los que cesa temporalmente la obligación de la persona trabajadora de prestar el servicio, pero el empleador debe seguir abonando la remuneración correspondiente (artículo 11 de la LPCL).



de otro modo, exige pasar del plano descriptivo al prescriptivo-justificativo y, como tal, preguntarse por la razón que podría respaldar cualquier obligación de fuente legal que suponga abonar remuneración, a pesar de no recibir trabajo a cambio. Debemos buscar, pues, el fundamento.

En esa ruta, lo primero que salta a la vista es que, desde una perspectiva dogmático-constitucional (el Derecho constitucional vigente⁽²⁶⁾), subyacen los siguientes principios constitucionales a todos los supuestos antes vistos:

- a) El derecho al descanso semanal, en feriados y anual remunerados⁽²⁷⁾, para los descansos remunerados;
- b) Los derechos a la salud y a la seguridad social⁽²⁸⁾, para el descanso por incapacidad temporal y para las licencias para la realización de exámenes oncológicos preventivos y de detección temprana de cáncer de mama y cuello uterino;
- c) La garantía de la libertad sindical⁽²⁹⁾, para las licencias y permisos para la realización de actividades sindicales;
- d) Los derechos específicos de la madre trabajadora y la protección de la maternidad⁽³⁰⁾, para el permiso por lactancia materna;
- e) La no discriminación, igualdad de oportunidades, el interés superior del niño, la conciliación de la vida familiar con el trabajo y la protección de la vida familiar⁽³¹⁾, para las licencias por paternidad, adopción, asistencia a un familiar y fallecimiento de cónyuge, padre, madre, hija/o y hermanas/os;
- f) La prevención y protección frente a cualquier forma de violencia⁽³²⁾, para la licencia para las víctimas de violencia en cualquiera de sus formas; y
- g) El derecho a la seguridad y salud en el trabajo y a la participación en la gestión de la empresa⁽³³⁾, para la licencia para el desarrollo de las actividades del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Hay, pues, muy buenas razones jurídicas para validar constitucionalmente la existencia de dichos descansos, permisos y licencias. Pero ¿por qué son los empleadores los que deben asumir su costo? Nótese que, que deban existir, no significa que necesariamente deban ser de cargo del empleador. Por ejemplo, hay también muy buenas razones constitucionales para que las trabajadoras gocen del descanso pre y post natal⁽³⁴⁾, pero -a diferencia de los anteriores- en este supuesto la Ley (literal b) del artículo 12 de la Ley 26790 – Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud) no le impone al empleador la obligación de asumir su costo, sino que lo socializa a través de las prestaciones que brinda la Seguridad Social en Salud (el subsidio por maternidad).

Esto quiere decir que no basta con la presencia de razones que justifican la existencia del descanso, permiso o licencia respectivos. Además, debe haber alguna razón adicional para imponerle al empleador la obligación de seguir abonando la remuneración, a pesar de no recibir trabajo a cambio. Una razón, habría que añadir, lo suficientemente poderosa como para superar la ausencia de consentimiento del empleador (es obvio que no se comprometió a realizar dichos pagos en el contrato de trabajo). De hallarse esa razón especial, habremos encontrado un buen argumento para evaluar

(26) El Derecho constitucional vigente incluye a los tratados de derechos humanos debidamente ratificados por el Estado peruano. Al respecto, véase la STC del 25 de abril de 2006, Exp. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulado), párr. 25-34 y STC del 24 de abril de 2006, Exp. 047-2004-AI/TC, párr. 21-22 y 61.

(27) Para un mayor entendimiento, véase el artículo 25 de la Constitución, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC], artículo 7 del Protocolo de San Salvador y los Convenios 52 y 106 de la OIT (sobre vacaciones pagadas y el descanso semanal respectivamente).

(28) Para mayor información, véase los artículos 7 y 10 de la Constitución, artículos 9 y 12 del PIDESC, artículos 9 y 10 del Protocolo de San Salvador y Convenio 102 de la OIT (sobre la seguridad social).

(29) Al respecto, véase el artículo 28 de la Constitución, artículo 8 del PIDESC, artículo 8 del Protocolo de San Salvador y Convenio 87 de la OIT (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación).

(30) Para un mayor entendimiento, véase el artículo 23 de la Constitución, artículo 11 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [CEDAW] y Convenio 183 de la OIT (sobre la protección de la maternidad).

(31) Para un panorama más completo, véase los artículos 2, numeral 2, 4, 6 y 26 de la Constitución, artículos 3 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Convenio 156 de la OIT (sobre los trabajadores con responsabilidades familiares).

(32) En cuanto a ello, véanse los artículos 3 y 4 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (Convención Belém do Pará).

(33) Para una comprensión completa, véase el artículo 29 de la Constitución, artículo 7 del PIDESC, artículo 7 del Protocolo de San Salvador y Convenio 155 de la OIT (sobre seguridad y salud de los trabajadores).

(34) Los derechos de la madre trabajadora, la protección de la maternidad, el interés superior del niño, la igualdad de oportunidades, la conciliación de la vida familiar con el trabajo, etc.



las soluciones del 14 de abril de 2020 y del 1 de diciembre de 2022⁽³⁵⁾.

Arce, a este respecto, ha sostenido que la razón que valida jurídicamente dichos pagos se encuentra en el artículo 24 de la Constitución que dispone que la persona trabajadora "(...) tiene derecho a una remuneración (...) suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual". A su criterio, en dicha disposición se habría constitucionalizado la llamada "dimensión social del salario" que exige a la legislación ir más allá del aspecto puramente contraprestativo de la remuneración (aunque no dejarlo de lado) y, como tal, incorporar una serie de conceptos dirigidos a asegurar la inclusión social de la persona trabajadora (la dimensión social) (Arce, 2008, pp. 347-349).

Y, en su opinión, exactamente eso es lo que estarían haciendo todas las leyes vistas que, materializando una serie de principios constitucionales, obligan al empleador a asumir el costo de los descansos, permisos y licencias señalados. Piénsese en lo siguiente, si la Ley no exigiera al empleador remunerar los mismos, ¿acaso sería posible para la persona trabajadora, por ejemplo, descansar y disfrutar del tiempo libre, cuidar de su salud y restablecerse, ejercer sus deberes paternofiliales, etc.? Es, precisamente, el conservar la remuneración en esos períodos, lo que permite cumplir con esas actividades de índole social. Consecuentemente, las ideas de "inclusión social", "redistribución del bienestar" y "ciudadanía plena" serían, para Arce, las razones adicionales que estamos buscando (2008, pp. 327-328).

En mi opinión, el argumento es sumamente atractivo. Y es que, en el fondo, sostiene que el señalado artículo 24 habría constitucionalizado la llamada "teoría del salario social" que afirma que "por el hecho de que el trabajador pone a disposición de su empleador el único medio de subsistencia que tiene (su trabajo), el empleador debe hacerse responsable de procurarle los elementos necesarios para la satisfacción de sus necesidades" (Pizarro, 2006, p. 52). Esto es, dicha disposición habría sancionado la perspectiva político-social de la remuneración que, trascendiendo la concepción puramente contraprestativa, establece que el salario en tanto medio exclusivo de sustento de la persona trabajadora y su familia, necesariamente debe ser la fuente de satisfacción de sus correspondientes necesidades (Blancas, 2011, pp. 508-509 y p. 513).

Siguiendo esa lógica, entonces, el artículo 24 de la Constitución sería el fundamento del deber legal del

empleador de pagar remuneración, no sólo cuando recibe trabajo a cambio (la dimensión contraprestativa), sino también cuando lo demanden las necesidades de inclusión social, redistribución del bienestar y ciudadanía plena de la persona trabajadora (la dimensión social). En ese sentido, y sólo por poner un ejemplo, el permiso por lactancia: (i) debe existir porque así lo exigen los derechos de la madre trabajadora y la protección constitucional de la maternidad y, a su vez, (ii) su coste debe ser asumido por el empleador porque, conforme con la dimensión social del salario, sólo así su remuneración sería realmente fuente de satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de la madre y, desde luego, de sus hijos/as lactantes.

Exactamente el mismo razonamiento sería aplicable a todos los demás descansos, permisos y licencias. Todos serían manifestación del llamado "salario social continuado" que, precisamente, se presenta cuando la ley justificadamente impone el deber al empleador de seguir pagando la remuneración en períodos de suspensión o interrupción del contrato de trabajo; el mismo que, a su vez, se diferencia del "salario social suficiente" que alude a los conceptos salariales adicionales que la ley o el convenio colectivo establecen en favor la persona trabajadora (por ejemplo, las gratificaciones por fiestas patrias o navidad) (Blancas, 2011, p. 520; Pizarro, 2006, pp. 54 y 60; Vinatea, 1990, pp. 18-20). Hemos encontrado, pues, la razón que estábamos buscando: la constitucionalizada dimensión social del salario (Pizarro, 2006, p. 60).

Siempre hubo, en consecuencia, una muy buena razón de índole constitucional para obligar al empleador a seguir pagando remuneraciones, de carácter no-contraprestativo, en situaciones similares a

(35) Doy por sentado, y por eso no lo desarrollo, que nadie discutiría seriamente la siguiente premisa normativa: "la persona trabajadora debe estar protegida frente a situaciones involuntarias que afectan negativamente la regularidad de sus ingresos". A este respecto, me remito a un trabajo en el que desarrollo la obligación constitucional de implementar un "seguro de desempleo" que, entre otras posibles contingencias, ordenaría a la Ley dar cobertura monetaria a las y los trabajadores frente a una posible "suspensión del contrato de trabajo" que, como en el caso de la paralización de labores por el Covid-19, no tiene su origen en su propia voluntad (Aguinaga, 2005, pp. 299-329).



las del Covid-19⁽³⁶⁾. Desde luego, es una muy buena razón sí, pero tan sólo en principio, esto es, no es definitiva o concluyente. Y no lo sería porque, por la propia naturaleza del artículo 24 de la Constitución, estamos ante una “norma-principio” y no frente a una “norma-regla”⁽³⁷⁾. En tal sentido, operaría sí como una razón para actuar en un determinado sentido (en este caso, obligar a seguir pagando la remuneración, a pesar de no recibir trabajo a cambio) pero, a diferencia de las reglas, sería no excluyente frente a posibles consideraciones de signo opuesto (por ejemplo, la incapacidad material de hacer frente, en el contexto de la paralización de actividades, a semejante impacto económico) (Atienza y Ruiz, 2005, p. 36; Atienza y Ruiz, 1991, p. 112).

No bastaría, entonces, con apoyarse sólo en el señalado artículo 24 para presentar la medida como justificada (no sería suficiente con sostener porque lo dice el principio). Necesariamente, tendrán que evaluarse todas las demás razones no perentorias que estén involucradas (es decir, los otros principios en disputa) y, luego, haciendo un ejercicio de deliberación explicar por qué una de ellas prevalece sobre las otras. Solamente después de realizar semejante esfuerzo argumentativo, podrá presentarse la medida como justificada (Atienza y Ruiz, 1991, pp. 116-118; Atienza, 2013, p. 281). Y, a estos efectos, me parece indispensable indagar por qué el artículo 24 de la Constitución dispone que el empleador debe pagar salario incluso en supuestos en los que no hay trabajo a cambio⁽³⁸⁾. Esto es, debemos ahora identificar cuáles son las razones ya no jurídicas sino morales que podrían justificarlo e indudablemente eso lleva la discusión a otro escenario.

3. ¿Qué puede justificar moralmente la dimensión social del salario?: las circunstancias de la justicia distributiva

¿Es moralmente justo, entonces, que la Constitución obligue al empleador a pagar remuneraciones incluso cuando no hay trabajo a cambio?⁽³⁹⁾ Si entendemos, siguiendo a John Stuart Mill, que “la justicia implica que sea no sólo correcto hacer algo, e incorrecto no hacerlo, sino que tal acción nos pueda ser exigida por alguna persona individual por tratarse de un derecho moral suyo” (2014, p. 141)⁽⁴⁰⁾, entonces la pregunta que debemos resolver es si la persona trabajadora tiene el derecho moral a seguir percibiendo su remuneración en tales supuestos y, correlativamente, si el empleador respectivo debe por tanto hacerlo, al margen de que esté bien que lo haga o mal que no lo haga (no es una cuestión, pues, que dependa de su bondad o maldad). ¿Y cómo saber, entonces, si la persona trabajadora tiene tal derecho moral?

Existe consenso, en el ámbito de la filosofía política, que apelar a la justicia implica siempre una valoración moral dirigida a determinar qué le corresponde a cada quién en cuanto suyo (Hierro, 2016, pp. 33-

(36) Siguiendo a Ródenas, se podría sostener que con la aprobación de la “suspensión perfecta de labores” para los casos de imposibilidad de implementación del trabajo remoto, se habría producido una experiencia recalcitrante por infra-inclusión en nuestro Derecho; es decir, un supuesto en el que hay un desajuste por defecto entre los estándares legislativos y las razones constitucionales en las que deberían justificarse (Ródenas, 2012, pp. 37-39; Ródenas, 2003, p. 432; Ródenas, 2001, pp. 72-73). Dicho de otro modo, sería un caso en el que la Legislación laboral sobre remuneraciones, no cubre todos los supuestos de “suspensión imperfecta de labores” que debería abarcar, según lo dispuesto por el constitucional principio del salario social.

(37) Para profundizar en la distinción entre reglas y principios, véase “Los derechos en serio” de Ronald Dworkin (1989, pp. 74-80), “Teoría de los derechos fundamentales” de Robert Alexy (2007, pp. 86-87) y “Las piezas del Derecho” de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2005, pp. 34-36).

(38) Siguiendo la tesis de la conexión contingente y aleatoria entre Derecho y Moral, actualmente defendida por el positivismo contemporáneo (2004, pp. 21-50), se puede afirmar que el artículo 24 de la Constitución, en tanto norma jurídica, es un artificio producido por la voluntad humana, una decisión contingente al espacio-tiempo en la que se adoptó y, como tal, susceptible de valoración crítica desde el plano moral.

(39) En el plano justificativo, las razones morales siempre son últimas o definitivas y, como tal, una decisión jurídica cualquiera que sea, solamente estará plenamente justificada si es que en última instancia lo está también en el plano moral (Bayón, 2000, pp. 327-329; Bayón, 1991, pp. 737-738; Nino, 1994, pp. 80-81; Raz, 2001, pp. 350, 356 y 362).

(40) Para una explicación detallada sobre la noción de justicia de Mill, véase “Lecciones sobre la historia de la filosofía política” de John Rawls (2017, pp. 330-350).



34; MacCormick, 2021, pp. 243-244; Sandel, 2011, p. 29). En tal sentido, para saber si está justificado el artículo 24 de la Constitución, lo que debemos determinar es si con él se le atribuye a la persona trabajadora algo que le corresponde en cuanto suyo. Pero ¿cómo determinar esto? Conforme con Ross, atribuirle algo a alguien porque le corresponde en cuanto suyo (y, por tanto, se le debe), exige definir primero qué es de cada quién (1963, p. 268). ¿Cómo lo definimos? A este respecto, lo único que se puede decir, siguiendo de nuevo a Ross, es que ello dependerá de las circunstancias (1963, p. 262).

Esto quiere decir que, si varían o cambian las circunstancias, variará también la evaluación sobre lo que le corresponde a cada quién⁽⁴¹⁾. Por ejemplo, de conformidad con la LPCL también se suspende el vínculo laboral cuando las personas trabajadoras ejercen el derecho de huelga (artículo 12, literal h), pero en este caso “se suspende todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración” (artículo 77, literal b, de la LRCT). Desde que la huelga implica ocasionarle un perjuicio al empleador, a fin de auto tutelar los intereses de las y los trabajadores involucrados, difícilmente se podría sostener que en estas circunstancias les corresponde en cuanto suyo el derecho a seguir percibiendo sus remuneraciones (sería claramente desproporcionado).

¿Cuáles son, entonces, las circunstancias que justifican el adeudo de remuneración por parte del empleador, tanto en la dimensión contraprestativa como en la dimensión social? A estos efectos, es indispensable tener en cuenta que, en tanto dimensiones diferentes, las circunstancias que las justifican no son, ni deben ser, las mismas. Apelando a la noción de “esferas de la justicia” (Walzer, 2001), se puede decir que cada dimensión del salario constituye una esfera diferenciada y, como tal, que se debe regir por sus propios criterios de reparto⁽⁴²⁾. Asumir, pues, que existe un único criterio de distribución de la remuneración, aplicable a todos los desembolsos dinerarios que debe hacer el empleador, implica no haber comprendido que precisamente la justicia exige tratar de forma diferenciada, a las esferas que vienen predeterminadas por circunstancias diferentes⁽⁴³⁾.

En tal sentido, no debemos evaluar la moralidad de una dimensión salarial utilizando los criterios que justifican a la otra. Esto quiere decir, entonces, que a la persona trabajadora le corresponderá percibir su remuneración en cuanto suya, no en función de un único e invariable criterio, sino en virtud de múltiples razones predeterminadas por las diferentes circunstancias. ¿Y cuáles pueden ser las mismas? Empecemos por lo obvio: la celebración y ejecución del contrato de trabajo. Efectivamente, si se pactó la prestación de un determinado servicio y dicho servicio efectivamente se ejecutó, entonces lo justo será que se cumpla con abonar la retribución acordada. Esta es la dimensión contraprestativa del salario y se justifica en el consentimiento expresado en el contrato laboral y, por supuesto, en la realización de los servicios contratados.

Estas circunstancias, en el ámbito de la filosofía política, son materia de la denominada “justicia conmutativa” en “situaciones de reciprocación” que, según Hierro, evalúa y justifica moralmente los “intercambios”; esto es, el transferir a otro un valor positivo a cambio del valor positivo que previamente se recibe de él (Hierro, 2016, p. 37). En esta perspectiva, la primera transferencia es determinante, desde que es la que convierte en debida a la segunda. Sin ella, pues, no hay intercambio. Consecuentemente, desde este criterio de justicia, solamente le correspondería percibir remuneración a la persona trabajadora en cuanto suya, si es que ha cumplido primero con realizar el servicio laboral contratado. Si ella no inicia con la reciprocación, entonces no hay justificadamente salario⁽⁴⁴⁾.

(41) A esta manera de entender la justicia subyace la noción aristotélica de “equidad” (Aristóteles, 2002, pp. 86-87, 1137b) que, en otro trabajo, explico que supone mirar atentamente todas las circunstancias que rodean un caso concreto para, de esta forma, darle el “recto” tratamiento que le corresponda según los elementos que lo singularizan (Aguinaga, 2018, pp. 451-456).

(42) Demostrar que las cosas se deben repartir en función de la naturaleza de los bienes o circunstancias involucradas, es el motivo central del libro de Michael Walzer, “Las esferas de la justicia”, en especial el Cap. I (2001, pp. 17-43).

(43) A esto, precisamente, es a lo que Walzer denomina la “igualdad compleja” que, a su modo ver, consiste en comprender que “bienes sociales distintos deberían ser distribuidos por razones distintas” (2001, p. 19).

(44) Esto no quiere decir que todos los intercambios en la esfera laboral per se son moralmente justos. Y es que, para que esté justificada una situación de reciprocación del tipo intercambio, además debe haber cierto equilibrio entre los valores positivos transferidos (Hierro, 2016, pp. 38-41). Ello es así porque, como dice Sandel, “los contratos reales tienen peso moral en la medida en que realicen dos ideales, la autonomía y la reciprocidad” (2011, p. 166). En este sentido, dentro de la esfera contraprestativa del salario, la persona trabajadora también tiene derecho en cuanto suyo a que exista equivalencia entre los servicios que brinda y la retribución que recibe a cambio. Me parece, precisamente, que a ello apunta la expresión “salario equitativo” prevista en el artículo 24 de la Constitución, en el artículo 7 del PIDESC y en el artículo 7 del Protocolo de San Salvador.



Es por ello que, además, en la dimensión contraprestativa del salario, sí hay lugar para los descuentos por tardanzas o inasistencias injustificadas. Desde luego, el punto que se está defendiendo es que las exigencias de la justicia conmutativa en situaciones de reciprocación por intercambio no son de aplicación para evaluar la moralidad de los desembolsos realizados por el empleador, en los supuestos de los descansos, permisos y licencias señalados en el punto precedente (y mucho menos para lo sucedido el 14 de abril de 2020 y el 1 de diciembre de 2022). Y no lo son porque, en estos supuestos, las circunstancias nos llevan a la “esfera de la justicia” propia de la dimensión social del salario; esfera en la que es irrelevante el consentimiento del empleador y la (in)ejecución de la primera transferencia del intercambio.

Reconozco que sostener que existe una esfera salarial en la que el consentimiento no juega ningún papel, es una afirmación que puede ocasionar cierto escozor. Pero, tal como explica Sandel, no se debe asumir que la justicia consiste sólo en el consentimiento, desde que no es difícil identificar casos en los que nuestras obligaciones no se basan o justifican en el consentimiento previamente manifestado (2011, pp. 165-166 y 170). Si esto es correcto, como creo que lo es, sería un error asumir que donde hay la obligación empresarial de abonar la remuneración, necesariamente tiene que haber siempre alguna clase de acuerdo previo o consentimiento que la avale o justifique.

Es tan cierto lo que se acaba de decir que hasta un objetor libertario lo suscribiría⁽⁴⁵⁾. Esto es, aceptaría que es posible la existencia de obligaciones salariales del empleador en las que su consentimiento es irrelevante, aunque resaltaría que más allá del mismo, la única fuente de obligaciones aceptable es la responsabilidad por el quebrantamiento del “principio de no daño a terceros”. Subrayaría que fuera de la esfera contraprestativa de la remuneración, sólo hay lugar para la que podríamos llamar la “esfera de la reparación”, a saber, la que determina cuándo se debe transferir a otro un valor positivo, como la remuneración, a fin de compensar un daño previamente ocasionado (Hiero, 2016, p. 37). Aceptará prescindir del consentimiento si es que está de por medio las circunstancias propias de la llamada “justicia retributiva” (Heller, 1990, pp. 200-230).

Así, siguiendo las pautas de esta última, afirmará que sólo le corresponderá a la persona trabajadora en cuanto suya la remuneración pactada, en el caso de haber incumplido con su prestación de servicios, si es que ello es responsabilidad del empleador (porque, por ejemplo, le impidió ejecutar su parte del contrato de trabajo). Añadiría que sólo así se respeta su personalidad moral o su condición de agente libre y racional, desde que sólo se le hace responsable por un daño en tanto es su autor⁽⁴⁶⁾. No se le instrumentalizaría, pues, para satisfacer las necesidades de otro y, por tanto, se le estaría tratando como un fin en sí mismo⁽⁴⁷⁾. Desde esta perspectiva, abonar la remuneración sería la transferencia que estaría obligado a realizar a título de reparación.

Y como ese no es el caso de ninguno de los descansos, permisos y licencias ya señalados, o de lo sucedido el 14 de abril de 2020 y el 1 de diciembre de 2022, entonces desde los parámetros de la justicia retributiva no habría razón alguna que justifique el deber del empleador de continuar abonando la remuneración. Simplemente, no es el responsable del incumplimiento de la persona trabajadora de su deber contractual de trabajar. ¿Cuándo sí lo sería? Este sería el caso, por ejemplo, de las remuneraciones devengadas que le corresponden a la persona trabajadora en cuanto suyas, en los supuestos de despido nulo que se sancionan no sólo con la reposición en el puesto de trabajo sino, además, con el pago de todas las remuneraciones dejadas de percibir (artículos 29, 34 y 40 de la LPCL).

No voy a negar la existencia de la “esfera de la reparación” y, mucho menos, que las transferencias remunerativas que se producen dentro de ella deben seguir las

(45) Esto es, una persona que como explica muy bien Marciani, partiendo de un fuerte individualismo metodológico, defiende: (i) una concepción puramente negativa de la libertad personal (o como “no interferencia” en las acciones personales), (ii) el carácter cuasi absoluto del derecho de propiedad sobre lo que puedan producir las propias capacidades de la persona y, por tanto, (iii) la necesidad sólo de un Estado mínimo o limitado a preservar los derechos individuales de propiedad y libertad negativa (Marciani et al., 2020, pp. 103-115).

(46) La retribución es una sanción que para ser justa requiere no sólo estar tipificada en una regla social, sino sobre todo debe ir dirigida sólo y exclusivamente al individuo que tenga la condición de agente del daño en un doble sentido: es el autor de la acción que lo produjo y, a su vez, tiene capacidad para responder por el mismo (Heller, 1990, pp. 200-230).

(47) Como explica muy bien Marciani et al., para libertarios como Nozick o Hayek imponer al individuo deberes de hacer que no parten de su propia voluntad, supone una violación de la máxima kantiana de no instrumentalización de los individuos (Marciani et al., 2020, p. 107).



pautas de la justicia retributiva. Al desarrollarla, sólo he querido mostrar que sí es posible la existencia de una dimensión salarial en la que el consentimiento es irrelevante. No obstante, la hipótesis que se está planteando es que la dimensión social del salario, a la que alude el artículo 24 de la Constitución, si bien no niega dicha esfera, tampoco tiene que ver con ella. Y es que es obvio que todos los pagos remunerativos a los que da lugar, no se realizan a título de reparación por un daño previo producido. Es, pues, una esfera de justicia diferente a la contraprestativa y a la reparadora. Pero ¿por qué lo es?, ¿cuáles son las circunstancias que solamente están presentes en esta esfera y, como tal, demandan un tratamiento diferenciado?

Es evidente que en las tres esferas se puede presentar el incumplimiento de la prestación del servicio laboral contratado; pero, a diferencia de los descuentos por inasistencias o tardanzas injustificadas o de las remuneraciones devengadas, en la dimensión social dicho incumplimiento no tiene como causa, o bien la dejadez, negligencia, vagancia o irresponsabilidad de la persona trabajadora, o bien el daño ocasionado por el propio empleador. En los supuestos que entran en esta esfera, se incumple el deber de prestar los servicios laborales porque se debe hacer otra cosa que moralmente es de una importancia superior o imposible de posponer. Por ejemplo, se debe descansar para recuperar energía, se debe atender la propia salud, se debe realizar actividades de representación sindical, se debe dar de lactar al recién nacido, se debe cuidar o atender a un familiar en peligro, se debe permanecer en casa, etc.

Es la presencia de estos deberes extra-laborales (con uno mismo, con la familia y/o dependientes, con las otras personas trabajadoras, con la sociedad en general, etc.), la que singulariza la dimensión social de la remuneración. De esta forma, se puede decir que su esfera de justicia consiste precisamente en cubrir aquellos supuestos en los que la persona trabajadora se ve forzada por las circunstancias, y a veces incluso por la propia Ley como en el caso de la pandemia, a incumplir con la prestación de sus servicios -al menos, en lo que se conoce como “el salario social continuado”. Esto quiere decir que, de suspenderse también la obligación empresarial de abonar la remuneración, aparecería un penoso dilema: o bien se atiende el deber laboral de trabajar para no perder la remuneración correspondiente, o bien se atienden los deberes extra-laborales señalados y, por tanto, se pierde el salario que

corresponda. Pero ¿por qué esto último sería un problema?

Aunque suene obvio, no está de más recordar que la remuneración, según la fórmula utilizada por el artículo 24 de la Constitución, es el mecanismo de reparto de los ingresos necesarios para que la persona trabajadora alcance por sí misma su bienestar (personal y familiar). ¿Cómo lo hace? Pone a su disposición un instrumento para acceder a los bienes y servicios que son legítimamente objeto de comercio. Ofrece, pues, un medio de intercambio (el dinero). De esta forma, su importancia o centralidad dependerá de la amplitud de los bienes que estén a disposición sólo -o preferentemente- en el mercado. Así, pues, mientras más amplia sea la “esfera del dinero y la mercancía” (Walzer, 2001, pp. 106-139), tanto más importante o central será la remuneración para la persona trabajadora. Perderla en circunstancias en las que debe hacer otra cosa, supondría para ella un serio problema⁽⁴⁸⁾.

Y si ello es así, ¿bajo qué parámetros de justicia se deben evaluar dichos casos? Dado que se está estudiando la posibilidad de mantener justificadamente la remuneración a pesar de no ofrecerse trabajo a cambio, una hipótesis plausible es hacerlo desde las exigencias propias de la “justicia distributiva”. Esto es, desde aquella rama de la teoría de la justicia que evalúa las circunstancias para el reparto justo, en general, de los beneficios y cargas sociales (Cohen, 2001, p. 177) y, en particular, de los recursos y bienes materiales producidos socialmente, con especial énfasis en los salarios, honorarios o rentas de las personas (Freeman, 2016, pp. 95-96; Heller, 1990, pp. 230-231 y pp. 242-247; Rawls, 1995, pp. 281-287; Walzer, 2001, pp. 127-130)⁽⁴⁹⁾.

Sostengo esto porque el “reparto” no es un intercambio de valores positivos sino una

(48) No pretendo cuestionar la centralidad del dinero en las sociedades de mercado contemporáneas. No obstante, el problema de la pérdida de los ingresos para la persona trabajadora, se reduciría considerablemente -o incluso desaparecería- si es que, tal como señaló Marx en los Manuscritos de Economía y Filosofía, el dinero no fuera “el alcahuete entre la necesidad y el objeto, entre la vida y los medios de vida del hombre” (Marx, 2001, p. 174). Desde luego, esto no quiere decir que el dinero debe desaparecer sino tan sólo que debe dejar de ser “el verdadero espíritu de todas las cosas” (Marx, 2001, p. 175) y, como tal, que debe ser cada vez más estrecha la esfera de “lo que el dinero sí puede comprar” (Walzer, 2001, pp. 106-121).

(49) No es mi propósito defender la relevancia de la reflexión moral sobre el reparto justo de los bienes producidos en una sociedad determinada. Tan sólo diré, con Berlin, que “una sociedad en la que cada miembro tiene una cantidad igual de propiedad no necesita justificación especial; sólo la necesita una sociedad en la que propiedad es desigual” (1983, p. 151).



asignación o distribución de recursos, cargas y/o poderes contenidos en un conjunto común (Hierro, 2016, p. 42). De esta forma, si se enfoca el problema que estamos trabajando desde la justicia distributiva, es posible pensar en circunstancias que excepcionalmente justifiquen el abono del salario (esto es, el reparto de dinero en el ámbito laboral), sin que sea condición sine qua non el haber previamente ofrecido trabajo a cambio (esto es, sin ser un intercambio). Desde luego, el problema ahora es demostrar que la persona trabajadora, cuando debe atender a los deberes extra-laborales ya señalados, está inmersa en una situación de reparto. ¿Cómo saber ello?

En general, para ubicarse en una situación distributiva, es indispensable que se cumplan ciertos requisitos, tales como poseer la condición de receptor del reparto, definir qué valores son los que se van a repartir (el conjunto común) y, sobre todo, establecer el criterio de distribución que guiará dicho procedimiento (Hierro, 2016, pp. 42-44). ¿Cómo aplicar dichos criterios en el problema que se está estudiando? A estos efectos, es fundamental definir el “universo de reparto” al que, con fines distributivos, pertenecerá la persona trabajadora. Y es que pertenecer a algún colectivo humano previamente demarcado, es fundamental para la distribución o reparto justo de cualquier valor positivo o negativo disponible en dicho colectivo (Heller, 1990, p. 242; Walzer, 2001, p. 44).

Definir, entonces, el colectivo y su criterio de pertenencia es la primera pregunta distributiva. ¿Cuál es, pues, el colectivo humano al que pertenece la persona trabajadora? Una primera posibilidad es circunscribir el análisis de pertenencia a una comunidad particular y cerrada llamada “empresa”. A esta pertenecerá en tanto mantenga “vínculo laboral” (un criterio de pertenencia restringido) y, como lógica consecuencia, le dará la condición de receptor de la “porción” que le corresponda en cuanto suya de los ingresos o rentas ahí obtenidos (y, desde luego, de las cargas y responsabilidades laborales). ¿Y cuál sería el criterio o criterios de reparto aplicable dentro de la misma? Lo usual será que esa porción se corresponda con el salario y que su cuantía se fije siguiendo criterios de mercado.

Pero, lo interesante de este enfoque es que, a su vez, permite sostener que la continuidad de su percepción no debe guiarse sólo por la lógica contraprestativa sino, también, por la llamada “previsión comunitaria de la seguridad y el bienestar”. En efecto, para Walzer, esta constituye la obligación primera que se deben entre sí las personas que pertenecen a cualquier comunidad humana. Es la justificación de su acuerdo constitutivo y, en virtud del mismo, se acepta que los bienes producidos dentro de ella se repartan, en primer término, con el propósito de hacer frente a las necesidades de sus miembros

para, de esta forma, asegurar su pertenencia (Walzer, 2001, pp. 75 y 89-94).

Desde luego, se podría objetar que la “previsión comunitaria” está pensada para comunidades políticas del tipo “Estado”. Pero, nada impide sostener que detrás del artículo 24 de la Constitución subyace una concepción de la empresa como “comunidad”. Después de todo, lo que hace es disponer la continuidad de la remuneración incluso cuando no hay prestación de servicios y, sobre todo, atribuye esa responsabilidad al empleador (y no al Estado). Pues bien, una forma de justificar dicho mandato es precisamente afirmando que, en tanto comunidad, las y los miembros de la empresa (y el empleador claramente lo es) se deben mutuamente la previsión comunitaria, a fin de hacer frente a situaciones de necesidad como las representadas por los deberes extra-laborales antes señalados.

Admito, no obstante, que puede ser sumamente difícil aceptar -especialmente, desde posiciones liberales- que la empresa es una comunidad⁽⁵⁰⁾. Sin embargo, también es posible justificar los alcances del artículo 24 de la Constitución, incluso partiendo de asumir que “las personas son átomos” que siempre “persiguen su propio interés”, tal cual describe Heller la premisa básica de toda posición liberal (1990, p. 233). Aunque, claro, para ello es necesario ubicarse en la estela de John Rawls y, en general, de los liberales igualitarios, y, como tal, definir como universo de pertenencia uno mucho más amplio y abierto llamado “sociedad”, en el que la membresía de la persona trabajadora se determine por el cumplimiento de las condiciones propias del status de “ciudadanía” (un criterio de pertenencia amplio).

A diferencia de la primera opción señalada, acá el universo de reparto abarcaría todo el ingreso y riqueza producidos por la cooperación social y económica (Freeman, 2016, p. 96). El punto central del planteamiento de Rawls, es que tales ingresos y riquezas no deben distribuirse o repartirse en base a

(50) No obstante, si no lo fuera entonces no se entendería por qué las y los trabajadores también tienen “el derecho (...) a participar en las utilidades de la empresa y [a] otras formas de participación” (artículo 29 de la Constitución).



criterios moralmente arbitrarios (Sandel, 2011, p. 175). Es por ello que, apelando al artificio del contrato hipotético celebrado bajo las condiciones del velo de la ignorancia⁽⁵¹⁾, defenderá que las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican si son el resultado de haberse cumplido, primero, con la “justa igualdad de oportunidades” y, luego, con el “principio de la diferencia”⁽⁵²⁾.

Efectivamente, por medio de la justa igualdad de oportunidades, Rawls persigue corregir los privilegios de clase o, lo que es lo mismo, las ventajas provenientes de ostentar una determinada posición social, al momento de acceder a las diferentes oportunidades sociales, educativas, laborales, económicas, políticas, etc., que una sociedad ofrece a sus miembros (Freeman, 2016, pp. 97-106). La idea es que, en primer término, solamente son justas las diferencias sociales que provienen de nuestros propios méritos, aptitudes o talentos, y no de una cuestión tan arbitraria como la pertenencia a determinada clase social (Sandel, 2011, p. 176).

Pero, esto no quiere decir que de cumplirse con sus exigencias cualquier resultado distributivo desigualitario sería justo per se. Y no lo sería porque reflejaría otro factor igualmente arbitrario: la lotería del destino. Ello es así porque, moralmente hablando, nadie se merece los méritos, aptitudes o talentos que posee (son obra del azar) y, como tal, nadie tiene derecho a acumular o apropiarse de absolutamente todo lo que pueda producir⁽⁵³⁾. Y, para corregir ello, aparece el principio de la diferencia: sólo estarán justificadas las desigualdades económicas -basadas en el mérito por supuesto-, si posibilitan que los que están peor socialmente hablando, estén mejor de lo que estarían en ausencia de tal diferencia (Cohen, 2001, pp. 168-169; Freeman, 2016, pp. 106-119; MacCormick, 2021, pp. 249-250; Sandel, 2011, pp. 161-189; Sandel, 2020, pp. 167-174).

Pues bien, ¿se podría entender que el artículo 24 de la Constitución es un intento por asegurar, al interior de las relaciones laborales, las exigencias de la justa igualdad de oportunidades y del principio de la diferencia? Como hipótesis, se puede sostener que el salario social continuado tiene como propósito asegurar: (i) que tanto la persona trabajadora como el empleador tengan exactamente la misma oportunidad de atender a los deberes extra-laborales antes señalados, incluyendo sobrevivir a la pandemia (al garantizar la continuidad de la remuneración dejan de ser un privilegio de clase); y (ii) que

la persona trabajadora que está inmersa en esa situación de particular necesidad -como verse imposibilitada de trabajar-, esté mejor de lo que estaría en ausencia del esquema de distribución desigual de la renta empresarial (precisamente, ese reparto desigual se justifica porque le permite atender dichos deberes, incluyendo el quedarse en casa, sin perder su salario).

Desde luego, siempre es posible objetar señalando que los principios de justicia distributiva de Rawls están pensados para el diseño de la “estructura básica” de la sociedad y, como tal, son principios para las instituciones sociales y no para regir el comportamiento económico cotidiano de los individuos (Cohen, 2001, p. 167; Freeman, 2016, pp. 106 y 123-127). En tal sentido, desde esta perspectiva, los problemas socioeconómicos que se presentan con los deberes extralaborales antes señalados no se resolverían estipulando la continuidad de la remuneración, sino, por ejemplo, mediante una estructura impositiva progresiva que le permita a la sociedad hacerles frente de forma colectiva (Heller, 1990, pp. 233-234). Desde esta objeción, el artículo 24 de la Constitución estaría entrando a un terreno que no le correspondería, el del reparto de recursos entre privados.

Aunque, también es posible contestar que el salario y, en general, la relación laboral, sí forman parte de la estructura básica de cualquier sociedad, desde que son instituciones necesarias para la cooperación social productiva (Freeman, 2016, p. 108); lo cierto es que, como explica Cohen, “una sociedad que es justa dentro de los términos del principio de la diferencia (...) exige (...) también un *ethos* de justicia que contribuye a dar forma a las opciones individuales” y es que “en ausencia de tal *ethos*, se producirán

(51) Como explica Sandel, “el velo de la ignorancia garantiza la igualdad de poder y conocimiento que la posición originaria requiere. Al garantizar que nadie sabe su lugar en la sociedad, sus propias fortalezas o debilidades, sus valores o fines, el velo de la ignorancia garantiza que nadie sacará provecho, ni siquiera sin saberlo, de una posición negociadora favorable” (2011, p. 172). Bajo esas condiciones, el resultado del acuerdo será claramente imparcial.

(52) El planteamiento de Rawls, como explica Heller, consiste en determinar “¿en qué criterios debería basarse la desigualdad, qué tipo de desigualdad debería alcanzarse, en qué medida puede funcionar la desigualdad, cuál es el justo límite a la desigualdad?” (1990, p. 235).

(53) Es por ello que, con Singer, se puede decir que es insuficiente moralmente hablando el principio de “igualdad de oportunidades”, a efectos de justificar los resultados distributivos desigualitarios (1995, pp. 49-50).



desigualdades que no serán necesarias para mejorar la condición de los que peor están: el *ethos* requerido fomenta una distribución más justa de lo que las reglas del juego económico pueden asegurar por sí mismas” (Cohen, 2001, p. 174). Es por ello que, el problema que se está estudiando, también debe reflexionarse desde los llamados deberes positivos de ayuda mutua en el plano de la ética interpersonal (la que regula el comportamiento debido entre los individuos). A ello se dedica, el siguiente punto.

4. Una mirada al problema desde la moralidad interindividual: deberes positivos de ayuda mutua y autonomía personal

Como dice Cohen, los problemas distributivos no son sólo problemas de estructura básica, sino sobre todo asuntos de elección personal, esto es, de que los favorecidos por la lotería del destino (ya sea por sus privilegios de clase, ya sea por sus dotes o talentos innatos) posean a su vez un *ethos* relativamente igualitario (2001, pp. 190-191). Ello es así porque “un *ethos* maximizador no es una característica necesaria de la sociedad y (...) mientras tal *ethos* prevalezca, se perjudica la satisfacción del principio de la diferencia” (Cohen, 2001, p. 195)⁽⁵⁴⁾. Esto quiere decir, pues, que el problema que estamos estudiando también concierne a las normas éticas que regulan el comportamiento que mutuamente se deben las personas (incluyendo, desde luego, empleadores y trabajadores).

Y es que, colocándonos en el plano de la “moralidad interindividual” (Laporta, 1986, p. 63), siempre es posible

objetar que, todo lo dicho hasta ahora, implica afirmar que los empleadores, por el artículo 24 de la Constitución, están obligados a ayudar a las personas trabajadoras a hacer frente a los deberes extralaborales antes señalados y, aun cuando ayudar es algo bueno, quizás digno de elogio, no es algo que se le pueda exigir a alguien *en* justicia. Es decir, siempre se puede sostener especialmente desde posiciones libertarias⁽⁵⁵⁾, que, a nadie, ni siquiera al más pudiente, se le puede obligar a ser caritativo o altruista⁽⁵⁶⁾. Desde tal punto de vista, ese sería un asunto de “virtud personal” protegido por el “principio de autonomía de la persona” y, como tal, sería terreno vedado para el Derecho. En buena cuenta, se estaría objetando la presencia de un deber de ayudar a otros, porque a nadie se le puede obligar a ser un buen samaritano⁽⁵⁷⁾. Pero ¿acaso nunca se puede obligar a ayudar o auxiliar a alguien?

Primero precisemos la objeción: no parece ser absurdo que, por ejemplo, la Ley obligue a los padres a “ayudar” a sus hijos⁽⁵⁸⁾. Nadie objetaría eso, aunque probablemente sí se cuestionaría si la misma Ley obligara a hacerlo en relación con los hijos de los vecinos. Ello es así porque, en el plano de las “relaciones interpersonales” (Bayón, 1986, p. 36), es usual que se distinga entre la “ética

-
- (54) Para demostrar su punto, Cohen cita el siguiente ejemplo: “En 1988, la relación de los salarios de los altos ejecutivos con los salarios de los trabajadores de la producción era de 6,5 a 1 en Alemania Occidental y de 17,5 a 1 en Estados Unidos. Puesto que no es admisible pensar que la menor desigualdad de Alemania fuese un freno para la productividad, dado que es admisible pensar que un *ethos* que estaba relativamente a favor de la igualdad protegía la productividad alemana frente a los relativamente modestos incentivos materiales, podemos concluir que el citado *ethos* causó que los peor pagados fuesen mejor pagados de lo que hubieran estado bajo una cultura de la recompensa distinta. Se deduce, según veo el asunto, que el principio de la diferencia se realizó de mejor forma en Alemania en 1988 de lo que se hubiese realizado si su cultura de la recompensa hubiera sido más parecida a la de Estados Unidos. Pero Rawls no puede decir eso, puesto que la menor desigualdad que benefició a pocos de los pudientes alemanes era un asunto no de ley sino de *ethos*” (2001, p. 195).
- (55) Como explica acertadamente Marciani, otra tesis central del libertarismo es la concepción negativa de la libertad que únicamente acepta la presencia de deberes negativos o de no hacer (típicamente, no dañar a nadie), mientras que “los deberes positivos solo se admiten en la medida que sean resultado del acuerdo libre entre individuos; por ejemplo, cuando se pacta un contrato de servicio asistencial” (Marciani et al., 2020, p. 104). Y es que, para Nozick, “el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros” (1988, p. 7).
- (56) Siempre que no se sostenga, claro está, que no se le puede pedir a nadie ser altruista porque simplemente es imposible serlo. Para un alegato extraordinario sobre la factibilidad de la conducta altruista, véase “La posibilidad del altruismo” de Thomas Nagel (2004, pp.88-99), especialmente el capítulo IX. De alguna manera, en este acápite se va a sostener que ayudar es algo que, en función de las circunstancias, todos estamos obligados a hacer (Singer, 1995, p. 287).
- (57) Esta expresión alude a la parábola del “buen samaritano” señalada en la Biblia (Lucas 10, versículos 25-37), que relata el caso de una persona (el samaritano) que presta auxilio a un hombre (un extraño) que, luego de ser golpeado y asaltado, estaba en peligro de muerte tirado al lado del camino.
- (58) El artículo 6 de la Constitución consagra el “deber (...) de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos” y, a su vez, el artículo 418 del Código Civil dispone que “por la patria potestad los padres tienen el deber (...) de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”.



de los íntimos” y la “ética de los extraños” y, precisamente, lo esperable es que en el trato con nuestros próximos o cercanos (hijos, parientes, amigos, etc.) hagamos nuestro máximo esfuerzo por contribuir con la realización de sus expectativas y diferentes planes de vida (Toulmin, 1982, p. 10). Por contraste, frente a los ajenos o extraños (los hijos de los vecinos o, en general, cualquier contacto casual), lo normal será que tan sólo nos abstengamos de actuar ofensiva o violentamente (Toulmin, 1982, p. 10). Así, pues, la objeción estaría dirigida contra la presencia de deberes de hacer algo en favor de extraños.

Asumiendo, entonces, que la persona trabajadora y el empleador son extraños, ¿esto quiere decir que no se deben absolutamente nada que no se haya consentido en el contrato de trabajo? Supongamos por un momento que, en la oficina en la que trabajo, se produce de la nada un corto circuito en la computadora que me otorga mi empleador para el desarrollo de mis actividades. Supongamos también que, producto de ello, se origina un pequeño incendio que, de no ser atajado inmediatamente, se extendería inexorablemente (pudiendo ocasionar una tragedia). Supongamos también que, en el pasillo, a unos pasos de la puerta de mi oficina, está oportunamente colocado un extinguidor... y, supongamos también, que a pesar de todo lo descrito, yo simplemente opto por retirarme sin siquiera avisar al personal de seguridad. En las circunstancias relatadas, ¿alguien podría sostener que yo no tenía el deber de ayudar a cautelar los bienes o intereses de mi empleador, a pesar de ser un extraño?

Si se toma en cuenta que existía el medio para hacer frente a dicha situación (el extinguidor), que estaba a mi alcance (a unos pocos pasos) y, sobre todo, que utilizarlo no suponía para mí un gran esfuerzo ni, mucho menos, habría puesto seriamente mi vida o integridad física en riesgo (no era algo que escapaba a mis posibilidades), entonces ¿acaso no debí intentar apagar el pequeño fuego de la computadora? Es posible que no supiera maniobrar adecuadamente el extinguidor (aunque, ciertamente, no se requiere una gran pericia técnica), pero entonces ¿no debí al menos avisar al personal de seguridad? O, dado que yo no soy el responsable del desperfecto de la computadora y, mucho menos, he sido contratado para desempeñarme como bombero, entonces ¿sí tenía permitido retirarme sin decir ni hacer absolutamente nada? Y, en este último escenario, ¿esto quiere decir que el empleador no podría lícitamente sancionarme por semejante acto de indiferencia?⁽⁵⁹⁾

Si se considera que debería ser sancionado, entonces también se entiende que, dada las circunstancias, sí tenía el deber de ayudar o auxiliar a mi empleador, y a mis compañeros de trabajo habría que añadir-, a hacer frente o, incluso, superar tal situación de peligro. A lo mejor, se estará dudando sobre qué tanto debí hacer (apagar el incendio dado que todavía era pequeño o, al menos, avisar al personal de seguridad). Pero, no habrá dudas de que mi indiferencia era completamente inaceptable. Es más, es muy probable que se considere totalmente irrelevante el hecho de que mi empleador y yo seamos completos “extraños”, desde que lo verdaderamente importante era (i) la situación de peligro, (ii) que alguien necesitaba mi ayuda y, sobre todo, (iii) que ofrecerla no suponía para mí un gran esfuerzo. Se pensaría, sin duda, que la sanción estaría plenamente justificada... y se estaría en lo correcto, al menos desde la perspectiva del Derecho Laboral peruano actualmente vigente.

Efectivamente, de conformidad con el literal g) del artículo 79 de la Ley 29783 – Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuando de la prevención de los riesgos laborales se trata (como el ejemplo del incendio en mi oficina), la persona trabajadora tiene, entre otras, la siguiente obligación: “comunicar al empleador todo evento o situación que ponga o pueda poner en riesgo (...) las instalaciones físicas, debiendo adoptar inmediatamente, de ser posible, las medidas correctivas del caso sin que genere sanción de ningún tipo”. Es decir, no sólo tenía el deber de comunicar a mi empleador el pequeño incendio que se estaba produciendo sino, incluso, también tenía el deber de apagarlo, la medida correctiva del caso, si hacerlo estaba dentro de mis posibilidades. Para la Ley laboral, pues, carece de importancia que trabajador y empleador sean completos extraños, si es

(59) De acuerdo con Arce, son tres los “deberes genéricos” de comportamiento que, para la persona trabajadora, nacen con la suscripción del contrato de trabajo, a saber, el deber de diligencia (brindar el servicio contratado con la diligencia del caso), el deber de buena fe (no afectar los intereses económicos del empleador) y el deber de obediencia (cumplir las órdenes o directivas del empleador dentro de lo razonable) (2008, pp. 492-498). Hasta donde puedo entender, ninguno de estos tres deberes daría cobertura al deber de ayudar a mi empleador, en situaciones de peligro, si es que está dentro de mis posibilidades.



que el segundo necesita mi ayuda por estar en una situación de peligro y, desde luego, yo estoy en posición de darla⁽⁶⁰⁾.

Es más, es tan relevante dicho deber dentro del Derecho del Trabajo que, según el artículo 109 del Decreto Supremo 005-2012-TR – Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, “en el Reglamento Interno de Trabajo se establecerán las sanciones por el incumplimiento de los trabajadores de alguna de las obligaciones a que hace referencia el artículo 79 de la Ley (...)”. Esto quiere decir que, según los términos de dicha disposición, el empleador está obligado a sancionar, dentro de su Reglamento Interno de Trabajo, la actitud indiferente de la persona trabajadora frente a “todo evento o situación que ponga o pueda poner en riesgo las instalaciones físicas” del centro de trabajo. La ley laboral, pues, no sólo me obliga a ayudar a mi empleador en situación de peligro, sino que además lo obliga a sancionarme si es que no lo hago. En función de las circunstancias, entonces, la persona trabajadora sí tiene el deber de ser un buen samaritano⁽⁶¹⁾.

Haber recurrido a este ejemplo hipotético, nos ha permitido observar cómo sí es posible pensar en supuestos en los que estamos moralmente obligados a prestar ayuda a otras personas a pesar de ser completos extraños y, sobre todo, que nadie pensaría que al imponerse legalmente ese deber se está invadiendo indebidamente nuestro fuero interno⁽⁶²⁾. De hecho, socialmente se considera que es tan importante este deber de ayudar en situación de peligro que, cuando su omisión es particularmente grave -por ejemplo, no auxiliar a un niño que se está ahogando en una piscina poco profunda-, incluso se entiende que debería ser objeto de la sanción más alta posible (la pena privativa de libertad), tal como lo hace el artículo 127 del Código Penal (que tipifica el delito de “omisión de auxilio o aviso a la autoridad”)⁽⁶³⁾. Se puede decir, por tanto, que su presencia está completamente consolidada en nuestro Derecho.

¿Esto quiere decir, entonces, que existen buenas razones para obligar también al empleador a ser un buen samaritano, en relación con la persona trabajadora que debe hacer frente a los deberes extralaborales antes señalados (la situación de peligro)? A fin de responder esta interrogante, es indispensable profundizar en las razones que justifican los llamados “deberes positivos” (o de hacer algo en favor de...) y, desde luego, preguntarse si las mismas están presentes en el caso de los deberes extra-laborales que se están estudiando (incluyendo, desde luego, el deber de permanecer en casa durante la pandemia). Nótese que, sean cuales fueren, de ninguna manera serán las circunstancias propias de la justicia conmutativa, ni mucho menos las de la justicia retributiva (no son producto de un intercambio, ni de una sanción por una acción previa).

A este respecto, lo primero que debemos hacer es subrayar que, en el ámbito de la filosofía política y moral, existe un amplio consenso en torno a la presencia de los deberes de asistencia o ayuda al prójimo. Efectivamente, autores tan disímiles como Rawls, Walzer y Singer, desde posiciones filosóficas abiertamente encontradas entre sí (el liberalismo igualitario, el comunitarismo y el utilitarismo, respectivamente), defienden la existencia en justicia del “principio de asistencia mutua” entre extraños (Rawls, 1995, pp. 115-116; Singer, 1995, pp. 271-307; Walzer, 2001, pp. 45-46). No obstante, aún se

(60) Dicha disposición, por cierto, no constituye una particularidad del Derecho laboral peruano. Por ejemplo, exactamente el mismo deber está previsto en el numeral VIII del artículo 134 de la Ley Federal del Trabajo mexicana (“Art. 134.- Son obligaciones de los trabajadores: (...) VIII.- Prestar auxilios en cualquier tiempo que se necesiten, cuando por siniestro o riesgo inminente peligran las personas o los intereses del patrón o de sus compañeros de trabajo”) y, mucho más cerca de nosotros, en el artículo 89 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina (“Art. 89 -Auxilios o ayudas extraordinarias. El trabajador estará obligado a prestar los auxilios que se requieran, en caso de peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa”).

(61) Existe, al menos, otro ejemplo en el ámbito laboral peruano del deber de la persona trabajadora de prestar auxilio a su empleador en situaciones de peligro: la obligación de trabajar horas extras cuando “la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva” (artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854 – Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo, modificado por la Ley 27671).

(62) De hecho, la teoría de la justicia de John Rawls, aun cuando se centra en el problema de los principios que deben guiar el diseño de “instituciones sociales justas”, tampoco es ajena al problema de los principios que son de aplicación para las personas, dentro de los cuales incluye a los “deberes naturales”. Lo interesante es que, de acuerdo con Rawls, “lo característico de los deberes naturales es que se nos aplican con independencia de nuestros actos voluntarios. (...) Tenemos, por ejemplo, un deber natural (...) de ayudar al prójimo, ya sea que nos hayamos comprometido a estas acciones o no” (1995, pp. 115-116).

(63) Es tan común la presencia de este tipo de disposiciones en el Derecho penal comparado que, incluso, se les conoce con el nombre de “Good Samaritan Laws” (Pardun, 1998, pp. 591-613).



discute sobre sus alcances, límites y condiciones de exigibilidad (incluso jurídica). Es por ello que, a fin de aplicar el “deber de ayudar” al problema materia de estudio, es indispensable diferenciar los “deberes positivos generales” y los “deberes positivos especiales”.

De acuerdo con Garzón Valdés, los primeros consisten en ayudar a cualquier persona que lo necesite, siempre que hacerlo tan sólo exija un esfuerzo insignificante (un sacrificio trivial). La clave de los mismos es que se los deben entre sí todas las personas que no tienen la condición de íntimos o próximos (la identidad de los sujetos involucrados es irrelevante) y, sobre todo, que no tienen como fuente alguna especie de pacto o acuerdo previo (no son producto, por ejemplo, de un contrato de asistencia mutua). Lo que da lugar a su aparición es, primero, la situación de necesidad del receptor de la ayuda y, segundo, el sacrificio trivial que implica brindar el auxilio para el sujeto obligado. Así, pues, mientras el beneficio para el primero es altísimo, el costo para el segundo es banal (Garzón, 1986a, p. 17).

Planteados así, ¿qué podría objetarse a los mismos? Más allá de los cuestionamientos técnicos que se les han planteado⁽⁶⁴⁾, lo cierto es que así definido el “deber de ayudar” podría dar lugar al deber de todas las personas “ricas” -y no tan ricos- de destinar parte de sus ingresos para acabar con la pobreza absoluta en cualquier parte del mundo (Singer, 1995, pp. 285-289). Y es que, como dice Singer, es inobjetable que “nuestra riqueza implica que poseemos ingresos de los que podemos prescindir sin poner en peligro nuestras necesidades básicas, y podemos utilizarlos para reducir la pobreza absoluta” (Singer, 1995, p. 288). Bajo esta lógica, por ejemplo, los (grandes) empleadores no sólo tendrían el deber de seguir pagando salarios cuando se presentan los deberes extralaborales antes señalados (lo que exige el artículo 24 de la Constitución), sino incluso de destinar parte de sus ingentes recursos para luchar contra el hambre a nivel global.

Desde luego, no es necesario defender semejante obligación moral (aunque tampoco cuestionarla⁽⁶⁵⁾), para abordar el problema que se está estudiando. Y es que, el deber de seguir pagando salarios sin recibir trabajo a cambio, se puede justificar apelando a un “deber de ayuda”

mucho más específico: el deber de toda persona de auxiliar a aquellos que, en el transcurso de su vida cotidiana, (i) encuentra o descubre en situación de peligro o de necesidad (los receptores de la asistencia están perfectamente individualizados), siempre que (ii) sea la única persona que está en condiciones de prestar la ayuda dada las circunstancias concretas (a nadie más se le puede reclamar el auxilio) y (iii) hacerlo realmente suponga un esfuerzo trivial (a nadie se le puede pedir ser un héroe). Me parece que así específicamente definido el “deber de ayuda” puede dar lugar sin ningún inconveniente al deber de seguir pagando salarios, en el contexto de la presencia de los deberes extralaborales señalados.

Efectivamente, los “deberes positivos especiales” son aquellos en los que el deber de ayudar se presenta en una situación que, en el plano de la moralidad interindividual, se denomina *face to face* (Laporta, 1986, p. 57). Ello es así porque no son igualmente exigibles: (i) el deber de ayudar al niño desconocido que se está ahogando en la piscina ante mis ojos (interacción cara a cara), y (ii) el deber de dar una parte de mis ingresos para que se alimente algún niño también desconocido que vive en Haití (no hay interacción alguna) (Garzón, 1986b, p. 67). En el primero, hay un claro nexo causal entre la acción que se reclama y el daño que se quiere evitar, de forma que si no ayudo al niño muy probablemente termine ahogándose. La omisión de brindar auxilio, en estas circunstancias, claramente sería la causa de dicha desgracia⁽⁶⁶⁾. En el segundo, en cambio, nada asegura que si (in)cumplo con la ayuda requerida finalmente el niño en cuestión (no) se alimente como corresponde. La omisión, en este caso, no es determinante (Laporta, 1986, pp. 55-63).

- (64) Brevemente, son cinco las objeciones que se han planteado a los deberes positivos generales: (i) son deberes imperfectos (su cumplimiento beneficia y, como tal, nadie tiene derecho a exigirlos); (ii) hay asimetría con los deberes negativos (los deberes positivos son imposibles de cumplir); (iii) son opcionales porque siempre cabe la posibilidad que otra persona los cumpla (su incumplimiento no genera necesariamente un mal); (iv) tomárselos en serio y cumplirlos cada vez que se presentan volvería el sacrificio trivial en súper-meritorio (el dilema de Fishkin); y (v) la responsabilidad por el incumplimiento de un deber positivo es mucho menor que la que aparece por el incumplimiento de un deber negativo (Garzón, 1986a, pp. 17-28).
- (65) En defensa del planteamiento de Singer se puede afirmar que, en verdad, solamente afecta a los que son absolutamente ricos; esto es, personas con los ingresos o rentas más que suficientes para satisfacer muy adecuadamente sus necesidades materiales y, además, gastar en lujos (1995, p. 275).
- (66) Sólo en estas circunstancias se puede afirmar, como lo hace Singer, “que no existe una diferencia intrínseca entre matar y dejar morir” (1995, p. 279).



Y no lo es porque, cuando no estamos en una situación *face to face*, la implementación del deber de ayudar inexorablemente requiere de alguna clase de institución que, asignando y dirigiendo los esfuerzos individuales, posibilite su cumplimiento (Laporta, 1986, p. 62). Es por esta razón que, para Bayón, el rasgo definitorio de los “deberes positivos especiales” es que, en virtud de las circunstancias, el sujeto obligado, porque precisamente está en una situación *face to face*, es el único que está en condiciones de prestar la ayuda indispensable para evitar el acaecimiento del daño (si yo no saco al niño de la piscina, entonces se muere ahogado) (1986, p. 42). En los deberes positivos generales, por el contrario, desde que se requiere organizar esfuerzos para su satisfacción (porque la persona compelida viene a ser cualquiera), en principio el auxilio tendría que ser institucional (Bayón, 1986, pp. 35-43).

Planteado de este modo, resulta muy difícil objetar la exigibilidad moral -y jurídica- de los deberes positivos especiales. Y es que, como explica Nino, en virtud de las circunstancias que les dan lugar, los mismos responden a una muy fundada “expectativa de comportamiento activo” de la persona que, ante tal situación, está obligada a prestar auxilio (el sentido común indica que es lo habitual, lo normal, lo esperable por cualquiera que está en situación de peligro). Esto es, detrás de la exigibilidad de esta clase de deberes, está la fundada expectativa de que, si alguien está ante nuestros ojos en una situación de peligro, el comportamiento normal será que le prestemos la asistencia del caso, no que seamos indiferentes frente a su infortunio (Nino, 2007, pp. 331-332)⁽⁶⁷⁾. Estar en una situación *face to face* y, como tal, ser el único que está en posición de ofrecer el auxilio, son las circunstancias que generan tal “expectativa de comportamiento activo”.

¿Y por qué es importante esto? Precisamente, porque es sumamente plausible sostener que, ante la presencia de los deberes extralaborales antes señalados (la situación de peligro o de necesidad), existe en la sociedad en general la fundada expectativa de que los empleadores, especialmente aquellos con grandes dimensiones, seguirán abonando las remuneraciones correspondientes (el comportamiento activo). Primero, porque tienen plenamente identificadas a las personas (sus trabajadores) que, frente al acaecimiento de dichos deberes, están en situación de peligro de perder su salario. Segundo, porque al ser un caso de moralidad interindividual *face to face*, hay un claro nexo causal entre la acción que se reclama (seguir abonando la remuneración) y el daño que se quiere evitar (la pérdida de ingresos). Y, tercero, porque en esas circunstancias, únicamente el empleador está en condiciones de prestar la ayuda requerida, a saber, seguir abonando la remuneración correspondiente. Desde esta perspectiva, el

artículo 24 de la Constitución aparecería como plenamente justificado.

Desde luego, aun aceptando que efectivamente existe tal expectativa de comportamiento activo, siempre se puede objetar que cumplir con la acción requerida no implica en todos los casos un simple “sacrificio trivial”. No debe olvidarse que, en el caso de los deberes positivos, también existe un amplio consenso sobre cuándo dejan de ser “obligatorios”: cuando el esfuerzo requerido supera los límites de lo banal para, de esta forma, volverse supererogatorio, supermeritorio o heroico (Bayón, 1986, pp. 43-47; Fishkin, 1986, pp. 73-74; Garzón, 1986a, pp. 23-26; Rawls, 1995, pp. 117-118; Singer, 1995, pp. 302-307; Walzer, 2001, p. 46). ¿Cómo hacer, entonces, para trazar la línea? De acuerdo con Fishkin, un acto supermeritorio se presenta cuando el sacrificio que implica hacerlo, es de tal intensidad que lo sitúa “más allá de la llamada del deber” y, como tal, “es más de lo que razonablemente pueda ser pedido o requerido” (1986, p. 73). Es una acción noble, heroica, con un costo o riesgo considerable y, por lo mismo, irreprochable moralmente en caso de omisión (Rawls, 1995, pp. 117-118).

¿Y cuándo se está en tal escenario? Según el mismo Fishkin, cuando se nos exige un “sacrificio muy substancial” o, lo que es lo mismo, que renunciemos o sacrifiquemos nuestro interés muy particular de alcanzar y desarrollar nuestros diferentes planes de vida (1986, p. 74). Esto es, el acto deviene es supermeritorio cuando, por el nivel de sacrificio que implica, deja de ser debido para pasar a ser un acto de autonomía por parte del agente involucrado. Dicho de otro modo, si su realización fuera obligatoria, entonces habría una violación del “principio de autonomía personal” que, como explica Nino:

Prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (...) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de

(67) En apoyo a lo señalado por Nino, se puede citar a Kant que en la *Metafísica de las Costumbres* ya había sostenido que el deber de ayudar otros que lo necesitan constituía una “máxima de comportamiento universal” (Kant, 1989, p. 323).



vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente (2007, pp. 204-205).

Si se toma en cuenta que, en lo que nos interesa, el principio de autonomía vale por igual tanto para la persona que está en situación de peligro como para la que está en capacidad de dar la ayuda respectiva, entonces tenemos la justificación y límite del deber positivo de asistencia en situaciones *face to face*: la autonomía de ambos agentes involucrados. Esto es, la salvaguarda de la autonomía de la persona en peligro justifica la imposición del deber positivo especial y, a su vez, supone su límite la preservación de la autonomía de la persona llamada a ofrecer el auxilio. Es por ello que, con Bayón, se puede sostener que tal deber será exigible siempre que “no se haga a costa de una menor autonomía comparativa de otros individuos” (1986, p. 50). Y, precisamente, el límite del sacrificio trivial persigue evitar que, a alguien, a través de los deberes positivos, se le imponga como plan de vida -o como ideal de excelencia humana- el del buen samaritano⁽⁶⁸⁾.

Visto así el límite de la conducta supererogatoria, resulta muy difícil sostener que la imposición del deber de seguir pagando salarios, en el caso de los deberes extralaborales estudiados, supone en términos generales exigir a los empleadores ser santos o héroes. Es muy posible que la objeción de lo supermeritorio alcance a empresas de dimensiones modestas, tales como las micro o pequeñas empresas, o incluso a las grandes empresas que, por lo que fuere, están pasando por una muy difícil situación económica. Pero, si nos ponemos a pensar en aquellas que tienen enormes dimensiones -y que además gozan de muy buena salud financiera-, entonces parece ser exagerado afirmar que, con la imposición y satisfacción de tal deber, sus propietarios y/o altos ejecutivos estarían viendo frustrados sus respectivos planes de vida. En todo caso, como dice Bayón, a lo mejor sí se verían frustradas algunas de sus preferencias de consumo suntuoso (el estilo de vida), pero nunca la elección y desarrollo de sus propios planes de vida (1986, p. 51).

No parece ser, entonces, que el límite de lo supermeritorio sea una barrea infranqueable para que la Ley imponga, conforme con el artículo 24 de la Constitución, el deber de seguir pagando salarios a las personas trabajadoras que, por lo que fuere, se ven compelidas a hacer frente a los deberes extralaborales tantas veces mencionados (incluyendo, desde luego, permanecer en casa en el contexto de la pandemia). Pero, ¿acaso no hay punto en el que seguir cumpliendo con el mismo deber positivo, por suponer un esfuerzo trivial, se vuelve supermeritorio? Debe reconocerse, con Fishkin, el

llamado “problema de la sobrecarga” o de los sacrificios triviales reiterados. Y es que, no cabe duda que la suma de pequeños sacrificios similares puede terminar convirtiendo el comportamiento del caso en supererogatorio (1986, pp. 74-76). No obstante, también debe tomarse en cuenta que este problema no objeta el deber de asistencia en sí mismo, sino su reiteración o continuidad a lo largo del tiempo. En tal sentido, se tendrá el deber de seguir ayudando hasta que se produzca la sobrecarga, pero de ninguna manera puede ser un argumento para no hacer nada desde el inicio. El artículo 24 de la Constitución, en consecuencia, supera también esta objeción.

5. A modo de conclusión: aspectos a considerar a fin de imponerle justificadamente al empleador el deber de seguir pagando salarios, a pesar de no recibir trabajo a cambio

Como se constató en el punto 2, hay acuerdo en la doctrina iuslaboralista revisada en que la remuneración, por el artículo 24 de la Constitución, (i) debe ir más allá de lo puramente contraprestativo y, como tal, (ii) que la legislación laboral está autorizada a obligar al empleador a abonar salario incluso en supuestos en los que se paraliza o interrumpe el contrato de trabajo. Desde luego, que hayamos hallado una razón constitucional (la dimensión social de la remuneración) no quiere decir que hemos encontrado la razón definitiva para justificar el deber empresarial de seguir pagando salarios, a pesar de no recibir trabajo a cambio.

Por esta razón, en el punto 3, se estudió las diversas circunstancias que están detrás de las diferentes “esferas de justicia” que rigen el deber empresarial de abonar la remuneración y, sobre todo, se demostró que únicamente en la “contraprestativa” el consentimiento del empleador y la (in)ejecución de la prestación

(68) Tal límite en verdad lo que hace es reiterar, cuando de los deberes positivos se trata, la proscripción desde el principio de autonomía de las intervenciones estatales de carácter “perfeccionista”; vale decir, aquellas dirigidas conseguir, por medio del Derecho, “que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal” y, como tal, que “ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien” (Nino, 2007, p. 413). Visto así, parece ser que, si la Ley nos impone el deber de ser héroes, a su vez nos está exigiendo que seamos perfectos. Precisamente eso es lo que persigue evitar el principio de autonomía.



laboral en justicia son determinantes. De este modo, se sostuvo que la dimensión social del salario, prevista en el artículo 24 de la Constitución (al menos en lo que se refiere al “salario social continuado”), es posible de justificar desde los parámetros de la justicia distributiva, ya sea en la versión de Walzer (apelando a la noción de “previsión comunitaria”), ya sea en la liberal-igualitaria de Rawls (utilizando el principio de la “justa igualdad de oportunidades” y, especialmente, el de la “diferencia”).

¿Esto quiere decir, entonces, que ya no hay nada más que discutir? De ninguna manera, desde que siempre es posible objetar que el artículo 24 de la Constitución, al hacer lo que hace, vulnera el principio de autonomía personal. Sin embargo, conforme con lo señalado en el punto precedente, es posible sostener que dicha cláusula constitucional se apoya en las exigencias morales aplicables en situaciones *face to face* y, como tal, que está plenamente justificado imponer a los empleadores el deber positivo especial de seguir abonando remuneraciones sin recibir trabajo a cambio, siempre que la persona trabajadora involucrada esté en una situación de peligro o necesidad (hay una expectativa de comportamiento activo que así lo reclama). Desde luego, la Ley en estos casos tendrá que ser muy cuidadosa, a fin de no exceder el límite de lo supermeritorio o, en todo caso, el problema de la sobrecarga.

Ya para terminar, una reflexión final en relación con los problemas suscitados en la pandemia y postpandemia y que motivaron el presente trabajo. Conforme con lo señalado precedentemente, todo parece indicar que la solución dada el 14 de abril de 2020 (autorizar la suspensión perfecta de labores por la simple imposibilidad de implementar trabajo remoto), no sólo dejó de lado lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución y las exigencias provenientes de la justicia distributiva que lo respaldan, sino que además desatendió por completo el deber de asistencia especial que, en el plano de la moralidad interindividual, claramente tenían las empresas al momento de desatarse la pandemia. No fue, pues, la solución más justa -o menos injusta- después de todo. ¿Y la solución del 1 de diciembre de 2022 sí lo fue?

Esta medida, me parece, sí tomó en cuenta un aspecto que debió estar presente desde el inicio: que no había razones para autorizar la suspensión del deber de abonar la remuneración, tan sólo porque era imposible implementar la modalidad de trabajo remoto. El deber extralaboral de permanecer en casa exigía que, en justicia, se evaluara las dimensiones y salud económica de los empleadores. No obstante, si bien atendió a los aspectos redistributivos involucrados en el problema, también dejó de lado cualquier consideración relativa al límite de lo supermeritorio y, desde luego, al dilema de la sobrecarga. Y es que, a los efectos de viabilizar el pago de la licencia con goce compensable, en justicia también se debió examinar si el mecanismo elegido suponía una carga heroica para las empresas que efectivamente siguieron pagando salarios.

Tampoco fue, entonces, la solución más justa (aunque sí más justa que la anterior).

Referencias bibliográficas

- Aguinaga, E. (2005). El seguro de desempleo. *LABOREM Revista de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (5), 299-329.
- Aguinaga, E. (2018). *Tres tesis escépticas sobre la labor de juzgar*. Palestra Editores.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). (C. Bernal Pulido trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arce, E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*. Palestra Editores.
- Aristóteles (2002). *Ética a Nicómaco*. (M. Araujo y J. Marías, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica* (1ª ed.). Trotta.
- Atienza, M. & Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *DOXA Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (10), 101–120. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>
- Atienza, M. & Ruiz, J. (2005). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (3ª ed.). Ariel.
- Bayón, J. (1986). Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites: (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés). *DOXA Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (3), 35–54. <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.02>
- Bayón, J. (1991). *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bayón, J. (2000). Deber jurídico. En E. Garzón & F. Laporta (Eds.), *El derecho y la Justicia* (2ª ed., pp. 313-332). Trotta.
- Berlin, I. (1983). *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*. (F. Gonzáles, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Blancas, C. (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial PUCP.
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Código Penal [CP]. Decreto Legislativo 635. 03 de abril de 1991 (Perú).
- Cohen, G. (2001). *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?* (L. Arenas y O. Arenas, Trad.).



Paidós.

Convenio 52 (OIT), el Convenio sobre las vacaciones pagadas (Ginebra, 4 de junio de 1936).

Convenio 87 (OIT), el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (San Francisco, 17 junio de 1948).

Convenio 102 (OIT), el Convenio sobre la seguridad social (Ginebra, 4 de junio de 1952).

Convenio 106 (OIT), el Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas) (Ginebra, 5 de junio de 1957).

Convenio 155 (OIT), el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores (Ginebra 3 de junio de 1981).

Convenio 156 (OIT), el Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (Ginebra 3 de junio de 1981).

Convenio 183 (OIT), el Convenio sobre la protección de la maternidad (Ginebra, 30 de mayo de 2000).

Decreto de Urgencia 026-2020 [Poder Ejecutivo]. Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional. 15 de marzo de 2020.

Decreto de Urgencia 029-2020 [Presidencia de la República del Perú]. Decreto Supremo que dicta medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del COVID-19 en la economía peruana. 20 de marzo de 2020.

Decreto de Urgencia 038-2020 [Poder Ejecutivo]. Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas. 14 de abril de 2020.

Decreto Supremo 003-97-TR [Poder Ejecutivo]. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 27 de marzo de 1997.

Decreto Supremo 007-2002-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854, Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo. 04 de julio de 2002.

Decreto Supremo 005-2012 [Poder Ejecutivo]. Reglamento de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. 25 de abril de 2012.

Decreto Supremo 044-2020-PCM [Poder ejecutivo]. Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. 15 de marzo de 2020.

Decreto Supremo 051-2020-PCM [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que amplía por 13 días calendario el periodo de Estado de Emergencia Nacional por pandemia de coronavirus (COVID-19), declarado en el Decreto Supremo 044-2020-PCM, desde el 31 de marzo hasta el 12 de abril de 2020. 27 de marzo de 2020.

Decreto Supremo 064-2020-PCM [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que prorroga el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del COVID-19 y dicta otras medidas. 10 de abril de 2020.

Decreto Supremo 011-2020-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que establece normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia 038-2020. Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas. 21 de abril de 2020.

Decreto Supremo 075-2020-PCM [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que prorroga el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del COVID-19. 23 de abril de 2020.

Decreto Supremo 080-2020-PCM [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19. 02 de mayo de 2020.

Decreto Supremo 101-2020-PCM [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que aprueba la Fase 2 de la Reanudación de Actividades Económicas dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, y modifica el Decreto Supremo 080-2020-PCM. 4 de junio de 2020.

Decreto Supremo 117-2020-PCM [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que aprueba la Fase 3 de la Reanudación de Actividades Económicas dentro del marco de la declaratoria de emergencia sanitaria nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19. 30 de junio de 2020.

Decreto Supremo 157-2020-PCM [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que aprueba la Fase 4 de la Reanudación de Actividades, conforme a la estrategia elaborada por el Grupo de Trabajo Multisectorial conformado mediante la Resolución Ministerial 144-2020-EF/15 y su modificatoria. 25 de setiembre de 2020.

Decreto Supremo 130-2022-PCM [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que deroga el Decreto Supremo 016-2022-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las circunstancias que afectan la vida y salud de las personas como consecuencia de la COVID-19 y establece nuevas medidas para el restablecimiento de la convivencia social, sus prórrogas y modificaciones. 27 de octubre de 2022.



- Dorado, J. (2004). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo* (1ª ed.). Dykinson.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2ª ed.). (M. Guastavino, Trad.). Ariel.
- Ferro, V. (2019). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Fondo Editorial PUCP.
- Fishkin, J. (1986). Las fronteras de la obligación. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (3), 69–82. <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.05>
- Freeman, S. (2016). *Rawls*. (A. García, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Garzón, E. (1986a). Los deberes positivos generales y su fundamentación. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (3), 17-33. <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.01>
- Garzón, E. (1986b). Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (3), 65-68. <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.04>
- Heller, A. (1990). *Más allá de la justicia*. (J. Vigil, Trad.). Crítica.
- Hierro, L. (2016). *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons.
- Kant, I. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. (A. Cortina y J. Conill, Trad.). Tecnos.
- Laporta, F. (1986). Algunos problemas de los deberes positivos generales: (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés). *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (3), 55–63. <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.03>
- Ley 29783. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. 20 de agosto de 2011.
- Ley 20.744. Ley de Contrato de Trabajo. 13 de mayo de 1976.
- Ley 26790. Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. 17 de mayo de 1997.
- Ley Federal del Trabajo. 01 de abril de 2011.
- MacCormick, N. (2021). *La razón práctica en el Derecho y la Moral*. (J. Ángel, Trad.). Palestra Editores.
- Marciani, B., Sotomayor, J., & Cornejo, L. (2020). *Justicia, Derecho y mercado: una investigación sobre el análisis económico del Derecho en el Perú*. Zela.
- Marx, K. (2001). *Manuscritos de economía y filosofía* (F. Rubio, Trad.). Introducción, y notas de Francisco Rubio Llorente. Alianza Editorial.
- Mill, J. (2014). *El utilitarismo: un sistema de la lógica (Libro VI, Capítulo XII)* (3ª ed.). (E. Guisán, Trad.). Introducción y traducción de Esperanza Guisán. Alianza Editorial.
- Nagel, T. (2004). *La posibilidad del altruismo*. (A. Dilon, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Nino, C. (1994). *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Ariel.
- Nino, C. (2007). Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación (2ª ed.). Astrea.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y Utopía*. Fondo de Cultura Económica.
- Pardun, J. (1998). Good Samaritan Laws: A Global Perspective. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, (20), 591-613.
- Pizarro, M. (2006). *La remuneración en el Perú: análisis jurídico laboral*. Estudio Gonzales & asociados.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia* (2ª ed.). (M. Dolores, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2017). *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. (A. Santos, Trad.). Paidós.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. (M. Luz, Trad.). Gedisa.
- Ródenas, A. (2001). En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de la norma. *DOXA. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, (24), 63-83. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.03>
- Ródenas, A. (2003). ¿Qué queda del positivismo jurídico? *DOXA. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, (26), 417-448. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.19>
- Ródenas, A. (2012). *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons.
- Ross, A. (1963). *Sobre el Derecho y la Justicia*. (G. Carrió, Trad.). EUDEBA.
- Sandel, M. (2011). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* (J. Campos, Trad.). Random House Mondadori.
- Sandel, M. (2020). *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?*. (A. Santos Mosquera, Trad.). Debate.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. (H. Valencia Villa, Trad.). Taurus.
- Sentencia recaída en el Expediente 047-2004-AI/TC (24 de abril, 2006). Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia recaída en el Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (25 de abril, 2006). Tribunal Constitucional del Perú.
- Singer, P. (1995). Ética práctica (2ª ed.). (R. Herrera Bonet, Trad.). Cambridge University Press.
- Toulmin, S. (1982). Equity and Principles. *Ossgoode Hall Law Review*. Vol. 20, (1), 1-17.
- Vinatea, L. (1990). *El pago de remuneraciones durante la suspensión de la relación laboral: las manifestaciones del salario social* [Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Walzer, M. (2001). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la Igualdad*. (H. Rubio, Trad.). Fondo de Cultura Económica. 



La configuración del teletrabajo por los órganos judiciales y la negociación colectiva: una mirada ilustrada^(*)(**)

The configuration of teleworking by courts of justice and collective bargaining: an illustrated vision

Diego Megino Fernández^(*)**

Universidad de Burgos (Burgos, España)

Resumen: En el actual y cambiante mundo del trabajo, la intervención tanto de los órganos judiciales como de la negociación colectiva resulta cada vez más necesaria. Así lo confirma, por ejemplo, la compleja configuración del teletrabajo, figura importantísima durante la pandemia sanitaria provocada por la COVID-19 y llamada a contar con unas superiores cuotas de protagonismo. A través de este estudio, basado en las decisiones judiciales y los convenios colectivos más recientes, se pretende proporcionar un recorrido ejemplificado y reflexivo acerca de algunos de sus principales elementos constitutivos. Como tendrá ocasión de apreciarse a medida que se avance en su lectura, aun cuando no hay que infravalorar los avances y los esfuerzos realizados hasta la fecha desde la concertación social, todavía hoy las instancias jurisdiccionales tienen que intervenir con demasiada frecuencia e intensidad a fin de abordar las múltiples aristas y controversias suscitadas. De hecho, salvo contadas excepciones, buena parte de los aspectos objeto de análisis no han acabado de cristalizar de forma pertinente en la práctica convencional, confirmando así que el teletrabajo precisa de un tratamiento distinto y más ambicioso por las instancias negociadoras.

Palabras clave: Acuerdo individual - Compensación por los gastos - Distribución del tiempo - Dotación de medios - Negociación colectiva - Reversibilidad - Teletrabajo - Derecho Laboral - España

Abstract: In the current and changing world of work, the intervention of courts of justice and collective bargaining is increasingly necessary. This is confirmed, for example, by the complex configuration of teleworking, a very important figure during the health pandemic caused by COVID-19 and called to have higher levels of prominence. This study, based on the most recent judicial decisions and collective agreements, aims to provide an exemplary and reflective overview of some of its main constituent elements. As you will have the opportunity to appreciate as you progress in the reading, although we should not underestimate the progress and efforts made to date from the social concertation, even today the courts must intervene too often and intensity to address the many edges and controversies raised. In fact, with few exceptions, many of the aspects under analysis have not yet crystallized in a relevant way in the conventional practice, thus confirming that teleworking requires a different and more ambitious treatment by the negotiating bodies.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 29 de agosto de 2024 y su publicación fue aprobada el 14 de noviembre de 2024.

(**) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto PID2021-122631OB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación Generación del Conocimiento (investigación orientada), titulado «La inclusión social a través de la renovación de elementos de estructura, relación y contenido en la negociación colectiva».

(***) Doctor por la Universidad de León (León, España). Profesor permanente laboral en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Burgos. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1844-3737\(1\)](https://orcid.org/0000-0002-1844-3737(1)) Para mayor detalle, véase “V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva” de AENC (2023).



Keywords: Individual agreement - Compensation for expenses - Time distribution - Provision of means - Collective bargaining - Reversibility - Teleworking - Labor law - Spain

1. Introducción

Sin duda, “la presencia en el lugar de trabajo no resulta hoy, en una gran variedad de ámbitos y sectores, tan imprescindible como lo fue hace décadas” (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 66). En este sentido, tanto el trabajo a distancia como, en especial, el teletrabajo –variedad específica dentro del amplio género que supone el primero– constituyen fórmulas laborales con un amplio potencial para las empresas –por ejemplo, en materia de reducción de costes–, las personas trabajadoras –quienes, entre más, disfrutarán de mayores facilidades para equilibrar las parcelas profesional y familiar– y el conjunto de la sociedad –*verbi gratia*, al incrementar las opciones de acceso a una ocupación para grupos con superiores dificultades a este respecto, como los individuos con discapacidad, jóvenes o en entornos rurales–. Algo puesto especialmente de relieve con su masiva extensión durante la todavía reciente pandemia provocada por la COVID-19 (Parlamento Europeo, 2022, p. 5).

En términos análogos a otros países, en España dicha circunstancia determinó que las autoridades competentes aprobaran una regulación de urgencia para su adecuada implementación en la práctica. En el caso particular, el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre (RDLTD), texto tiempo después remplazado por la actualmente vigente Ley 10/2021, de 9 de julio (LTD). Ello al objeto de intentar “garantizar cierta seguridad jurídica y un equilibrio en el uso de esta[s] forma[s] de prestación de trabajo y adaptar el derecho a la nueva realidad laboral” (Rodríguez & Guinot, 2023, p. 232).

La norma (artículo 2) define el trabajo a distancia como una manera de organizar o ejecutar la actividad laboral “conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular”. En cambio, corresponderá hablar de teletrabajo cuando el anterior se efectúe, además, “mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”. Esta última subespecie es la que sirve de faro para el presente estudio, si bien cabe apostillar que en el día a día ambos términos acaban siendo utilizados de manera indiferenciada. Convención de la que también se hará uso a lo largo de las siguientes páginas.

Con todo, la LTD se limita a proporcionar ciertas pautas rectoras para lo que denomina trabajo a distancia “regular”, es decir, aquel prestado, “en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (artículo 1). Umbrales de referencia que, no obstante, pueden rebajarse por convenio o acuerdo colectivo (apartado 2 de la disposición adicional 1).

Ciertamente, durante la situación de crisis sanitaria el teletrabajo, allí donde fue posible recurrir a él, se erigió como modelo preferente y esencial en el contexto de las relaciones laborales. Sin embargo, con la posterior desescalada en las restricciones a la movilidad y la paulatina vuelta a la normalidad, su predominio ha ido decayendo, hasta acabar por convivir con la clásica prestación de servicios en las instalaciones de la empresa, dando pie a un patrón mixto o híbrido de semipresencialidad (Cruz, 2022, p. 11), que “revela un perfil laboral nuevo, con fuerte arraigo en la negociación colectiva” (Carmona, 2024, p. 157), y mediante el cual se pretende adoptar lo mejor de cada sistema (Grisolia, 2024, pp. 695-696). En definitiva, “nos encontramos ante un nuevo tiempo para el teletrabajo [...] llamado a ocupar nuevos márgenes de aplicación y a tener una cuota de desarrollo del mercado de trabajo mucho más intensa” (López Ahumada, 2023, pp. 1-2).

Y es que, al menos en España, el teletrabajo exclusivo –o, inclusive, preponderante– dista de representar una opción verdaderamente extendida o popular. En esta realidad influyen varios factores, como el limitado nivel de digitalización de muchas organizaciones, la afianzada preferencia patronal por los modelos de gestión más clásicos y la característica morfología del tejido productivo nacional, con un potente protagonismo de las pequeñas y medianas empresas (Rodríguez & Guinot, 2023, p. 232). Sin olvidar el notable peso específico de sectores como la agricultura, la hostelería, el comercio o la construcción, de “imposible o muy complicado (...) desarrollo a través del teletrabajo” (Romero, 2023, p. 356); así como otra serie de eventualidades, por lo común menos consideradas, entre las que merece la pena situar la forzosa compensación de los gastos afrontados por la persona en remoto o la mayor complejidad que puede presentar el registro de su jornada y de los correlativos tiempos de descanso y de desempeño (Paratore, 2022, p. 5).

Ante el escenario al final conformado, la negociación colectiva está destinada a adquirir una importancia creciente. De hecho, la propia LTD incluye “cuantitativas y cualitativas [...] llamadas” a fin de que, gracias a los acuerdos alcanzados, se concreten,



desarrollen o perfeccionen aspectos que la norma deja un tanto en el aire (López Vico, 2024, pp. 108-110), y en relación con los cuales los órganos judiciales también tienen mucho que aportar. Con frecuencia, además, en torno a “contenidos no menores, sino de indiscutible trascendencia” (Cruz, 2022, p. 12). Ahí están, a título meramente ilustrativo, la definición de las tareas y las actividades susceptibles de efectuarse en remoto, los hipotéticos criterios de preferencia para el acceso a esta modalidad de prestación de servicios, el ejercicio del derecho a la reversibilidad o, por no seguir, el propio contenido material del compromiso alcanzado entre las partes⁽¹⁾.

Al colocarla en la vanguardia y otorgarle el rol de pieza clave (Fernández, 2022, p. 214; o Paratore, 2022, pp. 1-2) en el engranaje de ese contemporáneo “motor de flexibilidad” para las relaciones laborales (De la Puebla, 2022, p. 26), resulta fácil concluir que, de cara a su propia efectividad, la LTD precisa de esas “reglas complementarias” a aportar desde la negociación colectiva (Carmona, 2024, p. 160), así como, dada su relativa novedad, de la tradicional tarea de pulido a desplegar en el ámbito jurisdiccional.

Precisamente en atención a lo esbozado, choca que la remisión indicada sea siempre “utilizando una fórmula potestativa, esto es, posibilitando que los agentes sociales entren a desarrollar la norma, pero no imponiéndoselo en ningún caso” (López Vico, 2024, pp. 111-112). En última instancia, esto provoca que muchos convenios y acuerdos colectivos, a pesar de esas “posibilidades de intervención (...) casi absolutas” (De la Puebla, 2022, pp. 34-35) y de los amplios márgenes de actuación brindados por las naturales “relaciones de supletoriedad y complementariedad” con el referente legal (Romero, 2023, p. 316), eviten profundizar sobre la materia, se conformen con tratamientos fragmentarios o superficiales, u opten por unas plasmaciones más formales que materiales (Sierra, 2023, pp. 67-70). Sin solución de continuidad, su intrínseco papel ordenador se desplaza de manera un tanto artificiosa al acuerdo individual entre la empresa y la persona asalariada, con lo que, “o se rompe el equilibrio entre las partes, o se abren serios problemas de seguridad jurídica” (Reche, 2023, p. 2).

Dada la entidad de lo que está en juego, al menos ciertos elementos clave y de mayor complejidad deberían ser adecuadamente atendidos desde la negociación colectiva. Es el caso de, por poner solo un par de ejemplos relevantes, la seguridad y la salud laborales, o la conciliación de las vidas personal, familiar y profesional. Pero sin perder tampoco de vista su innegable potencial para convertirse en un “instrumento ordinario de gestión de estas formas de trabajar” (Casas, 2021, pp. 428-429), capaz de adaptar el arquetipo

legal, con beneficiosas dosis de proximidad e innovación, a las peculiaridades de cada sector, organización productiva, función e, inclusive, persona asalariada (Quintanilla, 2022, pp. 98-99), logrando “una ambiciosa regulación conjunta” (López Ahumada, 2022, p. 177), idónea para dejar atrás “la anterior concepción marginal, y después, en la pandemia, excepcional, de estas formas de trabajo” (Casas, 2021, p. 457).

A tenor de la disposición adicional primera de la LTD, mediante un convenio o un acuerdo colectivo surge la oportunidad de ahondar en puntos tan decisivos como los puestos y los cometidos susceptibles de ser llevados a cabo en remoto, las condiciones a reunir para acceder a tan particular fórmula de prestación de servicios, la duración máxima para este tipo de desempeño o, en definitiva, “cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular” (apartado 1). Opción extensible también a otros aspectos significativos como, señaladamente, una hipotética jornada mínima presencial, la reversibilidad del acuerdo de teletrabajo o, sin agotar todo el listado, el porcentaje o el periodo de referencia inferiores a efectos de adquirir la condición de regular (apartado 2).

Eso sí, siempre con una voluntad “inequívoca” de lograr una equiparación cierta en cuanto a las garantías predicables de un quehacer presencial comparable (Casas, 2021, p. 428), lo cual ni mucho menos cierra la puerta a las singularidades ínsitas a una y otra alternativas. Así se expresa el artículo 4.1 de la LTD, donde consta que tal igualdad solo actúa “respecto de aquellas condiciones de trabajo que no sean inherentes a la presencialidad o al trabajo a distancia”. De ahí que, por ejemplo, el tipo de asiento utilizado durante la ejecución de la actividad productiva no necesariamente deba coincidir en uno y otro supuesto, si bien ello tampoco enerva el “derecho de todo trabajador que presta servicios en la modalidad de teletrabajo a gozar del mismo nivel de protección en materia de prevención de riesgos laborales que los trabajadores que prestan servicios de

(1) Para mayor detalle, véase el “V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva” -V AENC- (2023).



forma presencial” [Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN), Sala de lo Social, núm. 105/2023, de 3 de octubre].

Prerrogativa que, acto seguido, el citado precepto completa con la prohibición de que el personal a distancia pueda “sufrir perjuicio[s] en [...] [cualquiera] de sus condiciones laborales, incluyendo [entre otras] retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional” (apartado 1).

Identidad en materia de derechos que constituye uno de los principales pilares del teletrabajo (Peral, 2024, p. 3), en los mismos términos que su carácter voluntario (y, subsiguientemente, reversible) para ambas partes (artículo 5 de la LTD). Es por ello por lo que la empresa, de un modo unilateral y sin causa justificativa, no podrá imponérselo (ni retirárselo) a la persona empleada, máxime cuando con dicho proceder provoca un cumplimiento irregular de la exigencia de readmisión tras un despido (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [STSJ] de Madrid, Sala de lo Social, número 46/2023, de 26 de enero).

Expuesto cuanto precede, resta indicar que con este estudio no se va a analizar exhaustiva y pormenorizadamente la LTD o el estado de la cuestión en los foros judicial o de la negociación colectiva. Ni siquiera se van a tratar ciertos aspectos conexos, como el derecho de la persona asalariada a optar por el trabajo a distancia cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, presente necesidades de conciliación o sea víctima de violencia de género (respectivamente, preceptos 23.1.a), 34.8 y 37.8 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre [ET]).

En cambio, se pretende ofrecer un examen dual y pormenorizado de una serie de elementos emblemáticos en la configuración del trabajo a distancia (y, por ende, del teletrabajo), partiendo para ello de resoluciones recientes dictadas por los órganos jurisdiccionales españoles y de los productos más acabados (no necesariamente perfectos) atribuibles a la negociación colectiva contemporánea. Fuente, esta última, para la cual se han seleccionado, de entre todos los publicados en el Boletín Oficial del Estado (BOE) desde el 1 de enero de 2022 hasta el 31 de julio de 2024, aquellos convenios y acuerdos de modificación considerados más completos o detallados, con la intención de sacar a la luz no las cláusulas cuestionables o, directamente, carentes de validez (que existen), sino aquellas disposiciones calificables como genuinas buenas prácticas en las mesas del diálogo social. Para su correcta identificación, en las últimas páginas del documento consta una relación con las empresas y los sectores integrantes de la muestra, siguiendo un orden alfabético a partir de la denominación utilizada cuando el correspondiente texto se ha hecho merecedor de recepción expresa entre las citas de este artículo doctrinal.

2. El contenido del acuerdo individual

El compromiso adquirido de forma voluntaria entre la empresa y la persona empleada a fin de que esta última pase a prestar sus servicios, total o parcialmente, en régimen de teletrabajo requiere cumplir con una condición imprescindible: constar por escrito, en un documento elaborado expreso, a formalizar antes de su inicio (artículo 6.1 de la LTD).

Dicho acuerdo representa “la base dogmática del trabajo a distancia” (SAN, Sala de lo Social, núm. 44/2022, de 22 de marzo). No en vano, allí constarán “todas las informaciones [...] pertinentes, incluidas [...] [sus] especificidades [...] [a fin de] garantizar con claridad y transparencia el contenido de sus elementos esenciales” (preámbulo de la LTD).

En virtud de los elocuentes términos en los que se expresan los artículos 5.1 (“requerirá”) y 6.1 (“deberá realizarse”) de la norma, queda claro que la validez de lo concertado se hace depender, *ab initio*, de la existencia de ese pacto bilateral, expreso e individualizado, para lo que no basta con «una simple adhesión tácita a unos acuerdos alcanzados con un sindicato», opción que “no sustituye ni suplanta la decisión unilateral [e imprescindible] del trabajador de prestar servicios a distancia” (SAN, Sala de lo Social, número 8/2024, de 23 de enero).

Paralelamente, surge una correlativa obligación instrumental para la empleadora, impelida a entregar a la “representación legal” (unitaria o sindical) de la plantilla una copia (no necesariamente fiel, al primar la tutela de la intimidad y de los datos de carácter personal) de cada singular pacto realizado, disponiendo a tales efectos de los 10 días siguientes al momento de su suscripción (o, inclusive, actualización o modificación posterior). Aquella firmará el duplicado una vez proporcionado, para dejar constancia de su recepción y permitir a la empresa cumplir con la ulterior responsabilidad de remitir este postrero documento a la correspondiente oficina pública de empleo (artículo 6.2 de la LTD).



Al margen de lo anterior, por imperativo legal (artículo 7), en el escrito elaborado al efecto como mínimo figurarán los siguientes extremos:

- a) Un inventario de los medios, equipos y herramientas precisos para el desarrollo del trabajo a distancia, incluidos los consumibles y los muebles, así como una previsión concreta en torno a su vida útil o al periodo máximo de renovación.
- b) La enumeración de los gastos a asumir por la persona teletrabajadora como consecuencia de prestar sus servicios de este modo, acompañada de la manera de cuantificar la subsiguiente compensación a satisfacer por la empresa y del momento y el modo para el abono.
- c) El horario de trabajo a respetar y, si procede, las posibles reglas de disponibilidad aplicables a la persona empleada.
- d) El porcentaje de desempeño en remoto y, si es menester, la distribución entre este tiempo y el dedicado en régimen de presencialidad.
- e) El centro de trabajo al que quedará adscrita la persona asalariada (donde, lógicamente, cumplirá con la teórica actividad presencial fijada).
- f) El lugar, libremente elegido por la persona empleada, desde el cual esta última llevará a cabo el teletrabajo.
- g) El plazo de preaviso (común o diferenciado) a respetar por las partes al ejercer el derecho o la facultad a la reversibilidad del acuerdo.
- h) Los posibles medios de control de la actividad establecidos por la empleadora.
- i) El procedimiento a observar por la persona trabajadora de surgir dificultades técnicas que impidan o dificulten el normal discurrir de sus tareas en remoto.
- j) Las pautas adoptadas por la organización productiva en relación con la protección de los datos y la seguridad de la información (de gran calado en el ámbito de una labor a distancia).
- k) En fin, la vigencia del acuerdo rubricado.

Como se aprecia, procede hablar de un catálogo de ítems imprescindibles ciertamente extenso, lo que ha llevado a calificar dicho pacto como un “documento contractual de alta complejidad” (Romero, 2021, p. 107).

Aun así, nada impide agregar otros elementos adicionales. Por ejemplo, merecería la pena reflejar el propio objeto material de la prestación laboral, las tareas asignadas a la persona trabajadora, los requisitos para la revisión del compromiso, los potenciales ajustes susceptibles de ser aplicados durante el período de vigencia o, entre más, las posibles consecuencias jurídicas derivadas de un uso inapropiado del material facilitado por la empresa (López Ahumada, 2023, pp. 4-5). Lo cual equivale a afirmar que, siquiera en un primer momento, “la determinación, estricta o extensiva, abierta o cerrada, estática o dinámica, de las condiciones de trabajo que

integran el contenido mínimo de los acuerdos individuales [...] queda [...] a la libre decisión de las partes que han de suscribirlos” (Casas, 2021, p. 451).

Ello, no obstante, esa autonomía de los contratantes queda subordinada al eventual resultado de la negociación colectiva, emplazada no solo a concretar el conjunto de componentes preceptivos del pacto individual, sino también a incorporar otros diferentes o complementarios (art. 7, párrafo inicial, de la LTD, en conexión con la disposición adicional primera de la norma). Con todo, se ha de señalar que el aspecto ahora analizado no parece despertar un especial interés dentro de las mesas del diálogo social.

El examen de los textos seleccionados confirma que, en el mejor de los casos, la alternativa de remitir o de replicar el listado legal es la preferida y, prácticamente, exclusiva (Cepssa, Euro Pool o Unicef). Incluso en algún supuesto se omite cualquier mención acerca de ciertos elementos, como las instrucciones en materia de protección de datos y sobre seguridad de la información (FerroAtlántica), la compensación de los gastos (Organización Nacional de Ciegos), la vida útil o el periodo máximo para la renovación de los medios e instrumentos facilitados, el centro de trabajo de adscripción, las herramientas de control empresarial o el procedimiento a seguir en caso de dificultades técnicas obstativas (Escuelas italianas).

A lo sumo, se ha llegado a encontrar una alusión a que en el referido acuerdo “se podrán incluir cualesquiera otros aspectos que las partes [individuales] consideren convenientes” (Agfa), entre los que procede englobar el sistema de registro de la jornada (agencias de viajes). Hasta aquí llegan los avances apreciados, si es que cabe referirse a ellos de dicho modo.

Al actuar de esta manera no se incurre en una, permítase la expresión, “dejación de funciones”, dado el carácter facultativo de su, pese a todo más que recomendable, intervención. Ahora bien, esta circunstancia trae consigo el efecto, no menor, de otorgar mayor fuerza al pacto individual y, sin solución de continuidad, a la empresa, pues la deseable negociación entre las partes de la



relación laboral seguramente no se produzca y acabe siendo la empleadora la que ponga sobre la mesa un documento tipo con cláusulas ya predefinidas, “circunscribiéndolo a la lógica [de] ‘o lo tomas o lo dejas’, lo que sitúa a los trabajadores en una posición muy debilitada” (Reche, 2023, p. 5).

Sin embargo, el hecho de estar ante una suerte de “contrato de adhesión” elaborado en exclusiva desde la dirección de la entidad productiva “no significa *per se* que [...] [aquel] sea nulo, sino que tal situación debe ser especialmente tenida en cuenta al momento de su interpretación y el análisis de la validez de algunas de sus cláusulas” (SAN, Sala de lo Social, núm. 117/2022, de 12 de septiembre). Por consiguiente, corresponde partir de su licitud, “sin perjuicio de la impugnación concreta de algunas de sus cláusulas, de entenderse [...] contrarias al ordenamiento jurídico” (STSJ de Galicia, Sala de lo Social, núm. 2660/2023, de 30 de mayo). Acción que, de prosperar y en función de la gravedad atesorada por el incumplimiento concurrente, podrá servir para que en sede judicial se autorice la resolución causal e indemnizada del contrato (planteadas por la persona empleada a distancia según el cauce del artículo 50 del ET) o, cuanto menos, se corrijan los vicios apreciados en el acuerdo y, llegado el caso, se reconozca una compensación económica adecuada por los daños y perjuicios sufridos (SAN, Sala de lo Social, núm. 44/2022, de 22 de marzo).

Todo lo cual no quita que, bajo determinados parámetros y a la vista del potencial impacto del teletrabajo sobre el crucial derecho a la conciliación de las esferas personal, familiar y profesional, en ausencia de una efectiva negociación colectiva, devenga imprescindible una genuina concertación individual entre los contratantes, “con propuestas y contrapropuestas, y no una mera oferta a la parte trabajadora a partir de un modelo de acuerdo adhesivo con base en unas condiciones previamente determinadas, unilateralmente, por la empresa” (STSJ de Galicia, Sala de lo Social, núm. 2660/2023, de 30 de mayo).

3. La reversibilidad del acuerdo

Dando pie a “uno de los aspectos clave en materia de teletrabajo y que mayor desarrollo encuentra entre los convenios” (López Vico, 2024, p. 115), el artículo 5.3 de la LTD dispone que la decisión de prestar servicios “a distancia desde una modalidad [...] presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora”, a efectos de lo cual, prosigue el precepto, la parte interesada deberá observar “los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, [...] en el acuerdo” particular. En su virtud, se instaura en este contexto un mecanismo de “doble voluntariedad” (Casas, 2021, p. 448), inicial y conclusiva.

A mayor abundamiento, tanto la negativa a cambiar de modelo como, específicamente, el ejercicio del derecho a alterar la situación de actividad –total o parcial– en remoto “no serán causas justificativas de la extinción de la relación

laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (art. 5.2 de la LTD).

En atención a la entidad de cuanto acaba de quedar apuntado, sobre todo si es la empresa la que ejerce esa facultad, resulta incuestionable “la absoluta conveniencia de regular detalladamente la reversibilidad” (Cuatrecasas, 2021, p. 300), ya en el compromiso individual entre los contratantes, ya, opción más aconsejable, a través de la negociación colectiva.

De manera singular, precisan de una adecuada recepción cuestiones tan prominentes como el procedimiento a seguir para su ejecución; el plazo de preaviso a respetar; la necesidad (o no) de que haya transcurrido un tiempo mínimo en régimen de teletrabajo; o, significativamente, las razones detrás de la permuta (López Vico, 2024, p. 128), a acompañar, por qué no, de una justificación objetiva suficiente (Romero, 2021, p. 105).

Entre dichas motivaciones y desde la óptica de la empleadora (la más interesante en la práctica), procede situar, por ejemplo y según se ha confirmado en alguna resolución judicial (SAN, Sala de lo Social, núm. 44/2022, de 22 de marzo):

[Que] el correcto cumplimiento de las tareas contractuales del trabajador [...] requiere su presencia en la oficina en el domicilio social de la empresa; el cambio del trabajador a una campaña en la que no se preste servicios en la modalidad de teletrabajo [...]; el cambio del trabajador a otra campaña, cuando sea necesario realizar una formación de manera presencial [...] [la existencia de] incidencias técnicas continuas durante 3 días (que no fueran culpa de la empresa) [...]; cuando la actividad del trabajador cambia de tal manera que el cumplimiento de las tareas del *Home Office* o lugares de trabajo fuera de la empresa no son posibles o solo lo son en un grado limitado; el lugar de trabajo doméstico no cumple o ha dejado de cumplir las normas de salud y seguridad en el trabajo; el trabajador comete graves infracciones de contrato de las que es responsable [...]; la revocación se hace necesaria por razones operativas; causas de fuerza mayor; [o] el *performance* del trabajador está por debajo del nivel exigido.

Al margen de lo que pueda estipularse por el cauce de la negociación colectiva o, nada lo impide, del acuerdo individual, la



LTD no realiza ninguna referencia expresa a la necesidad de evidenciar, siquiera mínimamente, el fundamento esgrimido por la parte interesada. Recuérdese que, en su artículo 7.g), la norma tan solo contempla que en el documento formalizado entre la empresa y la persona empleada figure la “duración de [los] plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad”. Utilización del plural de donde se extrae, sin demasiadas complicaciones, que dicho margen puede diferir según quién efectúe la petición o cuál sea el fundamento determinante (SAN, Sala de lo Social, núm. 117/2022, de 12 de septiembre).

En la práctica, a nivel convencional se aprecia una especial sensibilidad hacia tal plazo de preaviso. Lo usual resulta que el correspondiente período sea único, encontrándose las mayores disparidades en el concreto número de días a respetar: 7 (Euro Pool), 10 (Ibermática o Sinifo), 14 (Nokia –“dos semanas”-), 20 (contact center o Telefónica), 45 (Bolsas y Mercados Españoles), 60 (Dealz –“dos meses”-) o, con preponderancia, 15 (Adecco, Bureau Veritas, Catalana Occidente, despachos de técnicos tributarios, Escuelas italianas, Evolutio, GTS Transportation, Naturgy, Nortegas, Unicef o Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos) o 30 (acción e intervención social, agencias de viajes, Agfa, Al Air Liquide, cajas y entidades financieras de ahorro, empresas de consultoría, Ercros, establecimientos financieros de crédito, FerroAtlántica, Organización Nacional de Ciegos, Provivienda, Reale, TK Elevadores o Triangle Outsourcing; y Cepsa, Melchín, Orange o Safety Kleen -los cuatro últimos, “un mes”-).

Tiempo que, evidentemente, no devendrá preciso cumplir cuando medie una necesidad urgente, repentina y justificada, que implique el forzoso retorno al trabajo presencial. De todos modos, incluso en este último caso se estima recomendable registrar un valor de referencia para esa vuelta o cambio en las condiciones laborales, por reducida (72 horas; despachos de técnicos tributarios, Unicef o Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos) o amplia (15 días; Bolsas y Mercados Españoles) que aquella sea. Sin duda, elaboraciones preferibles a esas otras donde, directamente, se contempla el regreso sin preaviso alguno cuando las circunstancias así lo impongan o aconsejen (Ercros).

Menos usual resulta que se sumen otras prescripciones adicionales, como dejar transcurrir un lapso dado (60 días) para que pueda ceder la vigencia del acuerdo (Siemens); o no haber superado un determinado margen (3 meses) desde el inicio del teletrabajo o de cualquiera de sus prórrogas (Teleinformática y Comunicaciones), con el eventual suplemento de aguardar hasta el agotamiento de ese período para que la restitución en el trabajo presencial se haga efectiva (Escuelas italianas).

Pluralidad de restricciones o condicionantes que, en sus exactos términos, suscitan no pocas incertidumbres. De ahí la favorable acogida que merecen las decisiones de no activarlas

cuando la solicitud proceda de la persona trabajadora y concurren circunstancias excepcionales (Talgo), a valorar por el órgano o comisión competente (Teleinformática y Comunicaciones).

Asimismo, han de ser celebrados aquellos tratamientos más beneficiosos ante determinadas tesituras. *Verbi gratia*, que la persona asalariada pueda preavisar con un plazo inferior al ordinario de mediar motivos particulares debidamente justificados (Nokia); y que el margen general no opere para las víctimas de violencia de género (Reale). O, ahora desde la perspectiva de la organización productiva, que si varios individuos solicitan la reversibilidad simultáneamente, la empresa pueda demorarla hasta lograr un óptimo grado de ajuste en la dotación de las instalaciones (empero sin sobrepasar nunca un máximo de 6 meses; Siemens); o recurrir bien a la rotación entre quienes se encuentren implicados (Talgo), bien a un retorno progresivo por tramos, priorizando por ejemplo las actividades donde la presencia física aporte valor (Escuelas italianas).

Heterogéneas construcciones perfectamente plausibles siempre y cuando cumplan la doble condición de contemplar un intervalo razonable para ambas partes y de no coartar de un modo ilegítimo la voluntariedad y la reversibilidad inherentes al teletrabajo.

Un paso más allá dentro de esta misma senda se sitúa la opción, provechosa, de marcar un momento concreto (y posterior) para evaluar la idoneidad del desempeño logrado en remoto y la satisfacción de ambos contratantes con dicha clase de prestación de servicios (Cepsa y Orange).

Sin abandonar este contexto, pero en otro orden de ideas, principios elementales de seguridad jurídica permiten confirmar el carácter imprescindible de una acreditación apropiada y suficiente, capaz de evidenciar que los motivos alegados son “determinantes de una imposibilidad de seguir con el teletrabajo [...] [pues] la reciprocidad del contrato de trabajo exige que las medidas sean adecuadas y proporcionadas y se ajusten a auténticas justificaciones” (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 1219/2023, de 16 de mayo).



A este respecto, el extremo de la fundamentación también parece haber calado en el entorno de la negociación colectiva. Generalmente, para dejar constancia de las posibles causas impulsoras de la reversión cuando esta proceda de la empresa (razones económicas, técnicas, organizativas o productivas; cambio de actividad de la persona trabajadora; modificación del puesto ocupado; valoración negativa de las funciones desarrolladas en remoto; disminución imputable en el rendimiento particular; una actuación negligente, abusiva o no autorizada, así como un incumplimiento de cualquier obligación o compromiso asumido en el acuerdo individual; inadecuación del perfil para este modo de prestación de servicios; cambios en los resultados derivados del análisis de riesgos laborales; infracción de las condiciones relacionadas con la protección de datos; o, como acostumbrada cláusula de cierre, las demás circunstancias válidas susceptibles de presentarse) (aunque con distinto nivel de recepción, los convenios y acuerdos de acción e intervención social, agencias de viajes, Cepsa, Ecros, Escuelas italianas, Evolutio, Naturgy, Redexis, Safety Kleen, Telefónica, Teleinformática y Comunicaciones, Thales o Unicef).

Con relativa frecuencia, esta acaba siendo la casilla final. No obstante, de manera un tanto esporádica se ha llegado a dejar constancia expresa acerca de la necesidad, siempre aplicable, de «acreditar» (Bolsas y Mercados Españoles o Dealz), proporcionar una «motivación» (Telefónica) o aportar una «debida justificación» (GTS Transportation o Redexis) a la persona trabajadora afectada y, en su caso, a quienes la representen dentro de la organización productiva (TK Elevadores).

Incluso, siquiera sea de cara a especiales situaciones (*verbi gratia*, falta de adaptación al teletrabajo o disminución en el rendimiento), se antoja atinado que, antes de nada, la empresa permita que la persona afectada intente remediar las deficiencias o los problemas advertidos (Siemens).

Como no podía ser de otra manera, obviando las múltiples ocasiones en las cuales la cuestión es omitida, el tratamiento de la materia suele resultar más laxo cuando la solicitud emana de la persona trabajadora: desde soslayar cualquier referencia en relación con las causas (Cepsa), pasando por limitar todo a una mera solicitud formal (Naturgy), hasta llegar a perfilar las razones específicas, como circunstancias familiares o particulares que impidan teletrabajar (Redexis o Siemens). Con independencia de la alternativa a la postre adoptada, no se acaba exigiendo una justificación o acreditación de la razón aducida, facilitando así la reversión planteada.

En estrecha conexión con lo anterior, corresponderá declarar nula toda aquella cláusula que, a la postre, deje la reversibilidad y la propia voluntariedad al mero criterio de una de las partes, normalmente, la empleadora. Por ejemplo, no devendrá admisible que, solicitada la modificación en

su estatus por la persona teletrabajadora, cumpliendo además con los requisitos formales exigidos, su deseo de retornar a la prestación de servicios presencial se haga depender, en última instancia, de la aquiescencia discrecional de la empresa. Tal facultad de poder decantarse por una u otra decisión «en atención a sus posibilidades» contrariaría lo dispuesto no solo en el artículo 5 de la LTD, sino también en el precepto 1256 del Código Civil, a tenor del cual, *mutatis mutandis*, «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» [Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Social, núm. 959/2024, de 26 de junio].

En resumidas cuentas, desistir del «trabajo distancia no es una decisión que [...] dependa exclusivamente [de la empleadora] y pueda [...] [esta] «autorizar», sino que se trata de un acuerdo de voluntades que para ambas partes es reversible» (SAN, Sala de lo Social, núm. 44/2022, de 22 de marzo).

De ahí el interés atesorado por esas sustanciosas garantías complementarias que a veces jalonan la práctica negocial, como que cualquier decisión en este sentido adoptada por un superior jerárquico requiera ser revisada (en cuanto a fundamentación y elementos constitutivos) y autorizada por la dirección del departamento de recursos humanos (Evolutio y Safety Kleen); o que todo cambio de esta índole, una vez producido, deba comunicarse a la representación del personal (Bolsas y Mercados Españoles, Catalana Occidente o Euro Pool) o a una teórica comisión responsable del seguimiento del trabajo a distancia (Telefónica o Teleinformática y Comunicaciones).

4. Los medios a facilitar por la empresa

En la precisión hecha por el artículo 11.1 de la LTD, quien teletrabaje tiene derecho a «la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios» (en función de las circunstancias, ordenador, *Tablet*, *Smart PC*, pantalla, impresora, escáner, ratón,



teclado, auriculares, *software*, porta-documentos, bolsa para el transporte del portátil, etcétera).

Instrumentos respecto de los cuales, prosigue el precepto, para el específico supuesto de las personas con discapacidad la empleadora asegurará asimismo su accesibilidad universal, a fin de evitar cualquier tipo de exclusión por dicho factor.

Ahora bien, estos elementos suministrados continúan perteneciendo a la entidad productiva, por lo que, de no devolverlos en el momento de concluir la relación laboral, al quedar entonces “integrados en el patrimonio del trabajador, su valor -a estos efectos atendiendo a su depreciación (...) puede ser objeto de compensación con las deudas salariales componentes del finiquito” (SAN, Sala de lo Social, núm. 44/2022, de 22 de marzo). Por lo mismo, si durante el durar del contrato se produce «el deterioro no justificado, la pérdida [o el] extravío», parece razonable que la empresa quede legitimada para, siempre y cuando ello no constituya una multa de haber prohibida por el artículo 58.3 del ET, “proceder al descuento en nómina del importe correspondiente” (Adecco).

Un incumplimiento patronal de la responsabilidad estudiada en el presente epígrafe legitimará la adopción por el personal afectado, a título individual o colectivo, de “las medidas reactivas que [se] consideren oportunas” (SAN, Sala de lo Social, núm. 44/2022, de 22 de marzo), en especial, pero no solo, las de índole judicial. Eso sí, los oportunos procedimientos instados no pueden quedar reducidos a que por el órgano jurisdiccional “se dicte una sentencia [...] que imponga a la empresa una condena que se limite a reiterar el contenido esencial de la norma legal” (STS, Sala de lo Social, núm. 179/2023, de 8 de marzo). Es más, “la reclamación de una determinada herramienta de trabajo que se estime necesaria para la prestación de trabajo a distancia [...] deberá estar sustentada bien en lo estipulado en los acuerdos individuales de trabajo a distancia o con arreglo al convenio que resulte de aplicación” (SAN, Sala de lo Social, núm. 105/2023, de 3 de octubre). Textos que, para respetar lo señalado en el artículo 7.a) de la LTD, no pueden conformarse con referir que su eventual actualización o sustitución periódica se efectuará según “los criterios habituales”, pues del precepto mencionado deriva, sin ningún género de duda, la necesidad de identificar con claridad “la vida útil o periodo máximo para [...] [su] renovación” (STSJ de Galicia, Sala de lo Social, núm. 2660/2023, de 30 de mayo).

No acaban ahí las cargas impuestas en este contexto a la empleadora. Asimismo, deberá garantizar que, ante dificultades técnicas que impidan u obstaculicen el normal desarrollo de la actividad laboral, el personal afectado recibirá la atención precisa para intentar remediarlas (art. 11.2 de la LTD). La mejor alternativa para ello seguramente sea la de contar con un soporte técnico, propio o externo, al que encomendar las tareas de mantenimiento y resolución de incidencias (agencias de viajes, Ercros, Escuelas italianas, Euro Pool, Michelin,

Nortegas, Orange, Siemens, Sociedad General de Autores y Editores, Telefónica, Teleinformática y Comunicaciones, Thales o Triangle Outsourcing); y, en paralelo, con un «servicio de apoyo al teletrabajo», consistente en un entorno de herramientas colaborativas para acceder y manejar la información (acción e intervención social).

En el otro lado de la balanza, como natural manifestación de algunos de los principios laborales más básicos, la persona trabajadora ha de “cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa” (art. 21 de la LTD). Obviamente, respecto del conjunto íntegro de útiles recibidos, aun cuando el precepto simplemente alude a los “informáticos”.

A *fortiori*, a pesar de lo que una lectura apresurada del referente normativo quizás conduzca a pensar, “sin que sea necesario [...] que dichas condiciones deban establecerse en la negociación colectiva [...] [de manera que incluso] si nada se dice [en esta], [...] es evidente que el trabajador deberá cumplir con ellas por así imponerlo la ley” (SAN, Sala de lo Social, núm. 44/2022, de 22 de marzo). Al fin y al cabo, este ámbito no queda extramuros del artículo 5.a) del ET, relativo a la responsabilidad de “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto [...], de conformidad con las reglas de la buena fe y [la] diligencia”.

Estos y otros argumentos evidencian que, en el singular marco del teletrabajo, “los medios utilizados para llevar a cabo la actividad productiva ocupan un papel central” (López Vico, 2024, p. 117).

A este respecto, dejando a un lado ciertos interrogantes que plantea su tratamiento fiscal (profundizando sobre los efectos de su consideración como salario en especie o de una consentida utilización para fines privados, Díaz, 2022, pp. 442-443), varias cuestiones controvertidas han ido surgiendo en relación con esa dotación de medios productivos.

En primer término, sobresale la atinente a si, en relación con las comunicaciones profesionales, la empresa debe suministrar una cuenta de correo electrónico corporativo a las personas ocupadas en remoto o si,



en cambio, resulta admisible requerirles que informen de su dirección de *email* particular. Sin ambages y en clara sintonía con lo hasta ahora explicado, cuando se antoje preciso, la empleadora ha de facilitar también dicho recurso. A la postre, el rasgo de la ajenidad definitorio del contrato laboral conlleva, entre más, que sea la entidad productiva la encargada de «proporcionar al trabajador los medios necesarios para el desenvolvimiento de su relación», con independencia de su carácter o naturaleza. Asimismo, contrariaría la «normativa nacional y europea en materia de protección de datos que el trabajador se [...] [vea] obligado a proporcionar su correo y su número de teléfono personal» (SAN, Sala de lo Social, núm. 99/2022, de 27 de junio). Consecuentemente, cuando el adecuado desarrollo de la labor demande disponer de ellos, «correo electrónico corporativo y teléfono móvil son equipos y herramientas que debe proporcionar el empresario, costearlos a su cargo y atender su mantenimiento» (SAN, Sala de lo Social, núm. 44/2022, de 22 de marzo).

Ítem más, ni siquiera cabe que la persona trabajadora se vea forzada a revelar su número privado de terminal para poder acceder a aplicaciones profesionales que requieran una previa confirmación de la identidad. Y es que, aun cuando la autenticación a través de mensajes SMS (o similares) suponga uno de los estándares actuales de cara a preservar la seguridad de las comunicaciones informáticas, escapa de la lógica que, salvo beneplácito explícito, libre y voluntario en otro sentido, las comunicaciones «se remitan al teléfono móvil personal de cada trabajador, por cuanto con ello se le impone el empleo para el trabajo de sus personales herramientas y dispositivos» (SAN, Sala de lo Social, núm. 14/2024, de 5 de febrero).

Razonamiento extensible a otros terrenos, como el del *software*, de forma tal que tampoco la empresa «podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora» (art. 17.2 de la LTD).

Se trata de lecciones aprendidas por quienes intervienen en las mesas del diálogo social. Así, en la negociación colectiva empieza a abrirse camino la mención expresa a que desde la entidad se surta también al personal de una cuenta de mensajería corporativa (*contact center*) o un teléfono móvil, por lo común, con línea y datos suficientes para la conexión inalámbrica (Agfa, despachos de técnicos tributarios, FerroAtlántica, Naturgy, Orange, Provivienda, Sinifo o Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos), sirviendo así para «acceder al correo electrónico de la empresa [...] o como medio de autenticación de acceso remoto» (Nokia).

Pese a todo, no estaría de más insistir en que las empleadoras «no podrán utilizar herramientas, aplicaciones o dispositivos de las personas trabajadoras [...] [y] en el caso de que fuera necesario un sistema de doble factor de autenticación, la empresa deberá facilitar las herramientas y medios necesarios para su uso», con la única excepción,

admisible, de que «la persona trabajadora [...] [rechace] la herramienta facilitada [...] [optando a cambio por] dar su consentimiento al uso de dispositivos o herramientas de su propiedad» (*contact center*), generando, sin solución de continuidad, el correlativo derecho a la compensación por el gasto de depreciación ocasionado. Algo inexigible si, directamente, no se permite «el uso de otros equipos propiedad de la persona trabajadora, ni tan siquiera en caso de avería de los equipos suministrados por la empresa» (Ibermática).

Al hilo de lo hasta ahora comentado, conviene no descuidar otra fuente recurrente de potenciales problemáticas, a saber, si la utilización de los medios patronales cabe única y exclusivamente para fines profesionales (Bureau Veritas, Ercros, Nortegas, Orange, Organización Nacional de Ciegos, Reale, Sociedad General de Autores y Editores, Talgo o Unicef) o si, por el contrario, deviene factible un empleo privado razonable (empresas de consultoría).

Cuanto precede sin poder dejar tampoco de lado otras prohibiciones o restricciones sensatas, como las de trasladar cualquier equipo o instrumento fuera del lugar desde el que se ejerza el trabajo en remoto (Adecco); recoger o difundir con él material ilícito (Michellín); instalar en dicho dispositivo programas informáticos o aplicaciones no estrictamente necesarios para la prestación de servicios; no tolerar, salvo bajo determinadas condiciones, su empleo por terceros ajenos a la relación laboral; o, en general, efectuar cualquier otra conducta o comportamiento no profesional que los ponga en peligro (Unicef).

Cambiando de tercio, entre los implementos para el normal desenvolvimiento de la actividad laboral también se incluyen los precisos para una ejecución segura y saludable del desempeño profesional. Es el caso de una silla ergonómica homologada (cajas y entidades financieras de ahorro, Ercros, Orange, Redexis, Siemens, Talgo, Telefónica o Teleinformática y Comunicaciones), un soporte elevador del ordenador portátil (Ercros u Orange), la mesa, el reposapiés, el flexo (estos tres, en Ercros y Nokia) o, en definitiva y aunque exija la concurrencia de



ciertos requisitos, como que se constate su imprescindibilidad desde un punto de vista médico, cualesquiera otros “elementos [...] necesarios con el fin de garantizar la correcta ergonomía del puesto” (Adecco, *contact center* o Unicef). Todos los cuales, recuperando el tenor del artículo 16.1 de la LTD, han de ser “universalmente accesibles, para evitar cualquier exclusión por esta causa” en contra de las personas con discapacidad (*contact center* o Thales).

En estas mismas coordenadas, no se antoja superfluo manifestar que pesa sobre la persona trabajadora la responsabilidad de comunicar a la empresa o al servicio de prevención competente, entre otras posibilidades, “cualquier tipo de modificación de [...] [sus] condiciones [...] con la finalidad de que [...] [se] pueda evaluar [...] [si continúa reuniendo] las condiciones mínimas necesarias en materia de seguridad y salud” (Cepssa y Telefónica); “cualquier circunstancia que afecte a la seguridad del entorno de trabajo” (Thales) o al bienestar laboral (Adecco); o todo accidente producido en el lugar de prestación de servicios en remoto (Naturgy).

Dentro todavía de este marco preventivo y por si alguna duda subsistiera, tampoco caería en saco roto advertir acerca de que las personas afectadas «no podrán prestar servicios en régimen de teletrabajo hasta que [...] se hayan puesto a su disposición las correspondientes herramientas de trabajo» (Bureau Veritas).

Pasando ya a otro plano, además de la socorrida alusión a que la persona trabajadora observará “las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas” (Nokia, Talgo o Thales), dentro de este espacio para la responsabilidad individual también pueden tener cabida otras exigencias, como las denunciar de inmediato ante las autoridades competentes e informar en el menor plazo posible a la empresa acerca de la pérdida, la sustracción o los daños infligidos por terceros a cualquiera de los medios asignados (AXA, Nortegas, Reale o Redexis); advertir con presteza a la empleadora, aplicando a tal fin un más que recomendable documento con el procedimiento a seguir (agencias de viajes), sobre la imposibilidad de cumplir, total o parcialmente, con la jornada por causas ajenas, a fin de que desde la organización productiva se adopten sin demora las medidas técnicas u organizativas procedentes, entre ellas, el retorno al trabajo presencial en tanto se subsanen las anomalías advertidas (Adecco o Ercros).

Asimismo, recuérdese que respecto de cualquier medio o útil la empleadora no cumple tan solo con su mera entrega o puesta a disposición. Al tiempo, ha de dispensar un mantenimiento adecuado, capaz de garantizar su correcta funcionalidad. En este sentido, aun cuando la LTD remite a «los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación» (art. 11.1), lo cierto es que no abundan las disposiciones de tal naturaleza. Al menos no unas suficientemente precisas o elaboradas.

En realidad, sorteando las elaboraciones limitadas a reproducir el tenor literal de la norma legal (Adecco, Talgo, Thales, Telefónica o Teleinformática y Comunicaciones), los focos suelen centrarse en el remplazo de los correspondientes activos, bien una vez agotada su vida útil (Nokia o Siemens), cuando no funcionen correctamente (Unicef) o se rompan, inutilicen o deterioren (Nortegas); bien en el momento preciso establecido para ello, como a los 2 (Dealz), 4 (Bolsas y Mercados Españoles) o 5 (Siemens) años, o en el que pueda estar fijado en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (Artículo 12. Correcciones de valor: amortizaciones) y el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Artículo 4. Amortización según la tabla de amortización establecida en la Ley del Impuesto) (Redexis).

Con la oportunidad siempre presente de mejorar sustancialmente lo acordado mediante la incorporación de otras cautelas aconsejables, como las de revisar, de forma regular y “guiándose en todo caso por criterios de sostenibilidad”, el estado de la «dotación tecnológica», para verificar si resulta precisa su renovación (AXA); o de contemplar una eventual obsolescencia sobrevenida antes de lo previsto (Bolsas y Mercados Españoles).

5. La compensación de los gastos ocasionados a la persona trabajadora

Claramente, de una u otra manera la ejecución en remoto de una actividad profesional, sobre todo cuando se despliega en el lugar de residencia, va a acarrear para la persona empleada la asunción o el incremento de ciertos costes (por ejemplo, en materia de conectividad o suministro energético). A este respecto, la LTD (art. 12.1) ordena de manera taxativa que aquellos serán sufragados o compensados por la empresa. Al fin y al cabo, conforme también establece el referido precepto, prestar servicios a distancia “no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral”.



La norma (art. 12.2) faculta a las mesas de la negociación colectiva (“podrán”) de cara a “establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos”. Opción que se antoja más que apropiada en la procura de un adecuado resarcimiento de la persona asalariada (STS, Sala de lo Social, núm. 179/2023, de 8 de marzo). Tal debería suponer la vía prioritaria para la previsión, expresa y exhaustiva, del listado completo de conceptos a considerar, así como del modo para la tasación de los subsiguientes importes. Proceder que, seguramente, permitiría reducir de manera apreciable “los múltiples interrogantes que en la práctica surgen en torno a esta cuestión” (López Vico, 2024, pp. 128-129).

Sin embargo, dicha potestad no suele hacer un verdadero acto de presencia en la práctica convencional. Es más, en los casos donde sí consta un tratamiento específico al respecto, lo habitual es encontrarse con previsiones demasiado parcas o parciales. Como consecuencia, de nuevo se atribuye al acuerdo individual, rara vez fruto de una auténtica concertación entre las partes, un destacado (sí no principal y hasta exclusivo) papel protagonista.

Evidentemente, determinadas partidas, salariales o extrasalariales, intrínsecas a la prestación de servicios en los locales de la empresa, como un plus transporte o por manutención, pierden su razón de ser en el circunscrito marco del teletrabajo. No en vano, constituyen conceptos «inherentes a la realización de la prestación laboral [...] de manera presencial» (en el tenor del artículo 4.1 de la LTD). De ahí que dejar de abonarlos resulte lo razonable (Talgo), aunque no siempre se proceda en tal sentido (conservando la percepción de algunos de ellos, como la «ayuda comida», el «cheque gourmet» o la «locomoción», TK Elevadores), pudiendo incurrir entonces en la contradicción de no responder a efectivos desembolsos o costes a cargo de la persona trabajadora y vinculados a su actividad laboral.

Repárese en que, de acuerdo con el artículo 26 del ET, “se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo” (apartado 1); en tanto en cuanto “no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos” (apartado 2).

Inclusive, cumplidas varias condiciones (como la de no derivar de un convenio colectivo), dicho proceder podría acabar dando lugar a una condición más beneficiosa, es decir, a un derecho inalienable adquirido por la persona trabajadora. Ahora

bien, a tales efectos no bastará con el mero error o descuido, susceptible de rectificación posterior, por parte de la empresa, la cual forzosamente ha de exteriorizar o mostrar una «inequívoca voluntad» de continuar sufragando ese concepto, por definición, fuera de los márgenes del trabajo en remoto (STS, Sala de lo Social, núm. 43/2024, de 11 de enero).

A mayor abundamiento, si la compensación de un determinado gasto (por ejemplo, la utilización de un ordenador propio) se sustituye después por la dotación del correspondiente medio a cargo de la entidad productiva, “aquella circunstancia que [en el pasado] motivó la concesión de la cuantía [...] se desvanece y la percepción de esta cantidad pierde su causa” (STS, Sala de lo Social, núm. 400/2024, de 27 de febrero).

Eso sí, lo anterior en modo alguno equivale a que con la entrega de determinados instrumentos la empleadora vaya a quedar automática y completamente liberada de la obligación de afrontar otros estipendios (*verbi gratia*, en concepto de ciertos servicios o suministros). Por tal motivo, no resultan válidas aquellas cláusulas, con independencia de dónde aparezcan alojadas (acuerdo individual o convenio o pacto colectivo), a tenor de las cuales, tras dicho suministro, procede entender que “la compañía ha sufragado o compensado adecuadamente el desarrollo del trabajo a distancia, no teniendo pendiente ningún tipo de gasto susceptible de compensación [...] [o] que no [se] tiene derecho a ningún tipo de compensación adicional” (SAN, Sala de lo Social, núm. 14/2024, de 5 de febrero). Al fin y al cabo, el aprovisionamiento de útiles y la cobertura de los posibles costes (en los respectivos términos de los artículos 11 y 12 de la LTD) constituyen dos realidades, aunque conectadas, por completo divergentes [aun cuando respecto de algunos útiles quepa permutar su entrega efectiva por “el abono por parte de la empresa de una compensación suficiente que permita la compra de dichos elementos” (cajas y entidades financieras de ahorro, despachos de técnicos tributarios, empresas de consultoría, Siemens o Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos)].

Fórmulas de estas características o con similares efectos implican una exención



opuesta también al artículo 7.b) de la LTD, de donde asimismo se desprende la categórica carga impuesta a la empleadora de “compensar de forma imperativa los gastos en que pudiera incurrir el trabajador por el hecho de prestar servicios a distancia” (SAN, Sala de lo Social, núm. 144/2022, de 10 de noviembre). Responsabilidad que ni siquiera se verá desvirtuada por un hipotético silencio en la negociación colectiva, pues dicha “laguna no impide la aplicación del [...] [precepto] y el pleno derecho a que el trabajador sea resarcido por todos los gastos que se le ocasionan al trabajar a distancia” (SAN, Sala de lo Social, núm. 44/2022, de 22 de marzo).

Idéntica valoración merece el hecho de recurrir a la artificiosa solución de establecer que el salario anual ya retribuye y gratifica de forma global por la prestación de servicios en remoto, cubriendo así los seguros desembolsos que de ahí deriven para la persona trabajadora. Una actuación de esta índole “supone transformar al menos parte del salario [...] en indemnizaciones o suplidos, que son conceptos diferentes [...] y, por tanto, la reducción del salario por esa vía” (STSJ de Galicia, Sala de lo Social, núm. 2660/2023, de 30 de mayo).

Rechazo asimismo extensible a la exigencia dirigida a la persona interesada, como condición para que pueda acceder al teletrabajo, consistente en disponer de una línea de internet a su exclusivo cargo, por cuanto se trata de “una herramienta o medio para el trabajo a distancia, [...] [la cual] debe correr a cargo de la empresa”. También, a la previsión de un genérico e indeterminado “acompañamiento económico adicional” (en el caso particular, de 120 euros brutos anuales) cuando no «se detalla a qué concretos gastos obedece, ni se cuantifican [...] [estos] suficientemente» (STSJ de Galicia, Sala de lo Social, núm. 2660/2023, de 30 de mayo).

Y a pesar de que la cuestión debería reflejarse con claridad meridiana al menos en el preceptivo acuerdo individual (aun cuando el correcto auxilio por la negociación colectiva se juzga prácticamente imprescindible), incluso en ausencia de cualquier previsión al respecto siempre devendrá factible que la persona trabajadora intente acreditar el gravamen soportado como consecuencia de prestar servicios en remoto. Justificación indispensable a la vista de que la norma legal no reconoce el “derecho a una compensación de gastos genéricos” (SAN, Sala de lo Social, núm. 105/2023, de 3 de octubre; y STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 2688/2023, de 28 de abril). En este sentido, una de las mayores dificultades estriba en que “no todos los gastos de luz, internet, etc. se pueden imputar al desempeño laboral, sino solo una parte [y] ¿[...] cómo se calcula esa parte?” (Díaz, 2022, pp. 447-448).

Ahondando un poco más, tampoco deviene admisible el intento de contraprestación valiéndose para ello de un derecho completamente distinto, como posibles días de libre disposición, al carecer estos de la pertinente naturaleza compensatoria

y, por consiguiente, no poder “desvirtuar la obligación legal de obvia [...] [índole] económica” (SAN, Sala de lo Social, núm. 62/2024, de 3 de junio).

Régimen de garantías perfilado a lo largo de este epígrafe que alcanza igualmente a los pagos provocados por eventuales modificaciones en el lugar de trabajo para que este cumpla con los consabidos requisitos de seguridad y salud laborales (SAN, Sala de lo Social, núm. 144/2022, de 10 de noviembre).

Una vez contextualizada la materia, campo para una fecunda conflictividad en la práctica, resta realizar el oportuno repaso a las medidas más destacadas halladas en el seno de la negociación colectiva.

De entrada, constituye un recurso común el incluir una cuantía específica de tipo indemnizatorio. A este respecto, existe un extenso número de ejemplos llamativamente diferentes entre sí, pues se mueven dentro de un amplio rango de importes (ajustables, en buena lógica, según una posible parcialidad en la jornada). Sorprende tanta disparidad a la vista de que, con independencia de la empresa, la localidad, la actividad, etcétera, no pocos costes van a resultar idénticos o muy similares en distintos supuestos. Como conclusión, se antoja razonable afirmar que, al menos sobre el papel y en ciertas ocasiones, quizás la cuantía satisfecha no termine resultando suficiente. Así:

- 1 (despachos de técnicos tributarios), 2 (Catalana Occidente), 2,25 (Adecco), 2,5 (industrias del frío industrial), 3 (Ercros o Talgo), 3,75 (Reale) o 4,30 (establecimientos financieros de crédito) euros diarios.
- 1,22 euros diarios si la jornada semanal en remoto es igual o superior a 30 horas, que se convierten en 0,96 de lo contrario (*contact center*).
- 13,70 (Ibermática), 17 (empresas de consultoría), 20 (Siemens), 25 (Triangle Outsourcing), 28 (AXA), 50 (Dealz), 58,76 (cajas y entidades financieras de ahorro) o 70 (Agfa) euros mensuales.
- 14 (Cepsa) o 30 (Bolsas y Mercados Españoles) euros mensuales para un tiempo en régimen de teletrabajo



equivalente al 40 por 100 de la jornada (Cepsa); 37,28 si alcanza la mitad de aquella (Unicef); o 60 cuando se sitúe entre un 41 y un 80 por 100 del tiempo total de prestación de servicios (Bolsas y Mercados Españoles).

- Una cantidad máxima de 20 (Escuelas italianas), 40 (acción e intervención social), 50 (FerroAtlántica) o 55 (Provivienda) euros mensuales.
- 100 (TK Elevadores), 125 (Bureau Veritas) o 180 (Al Air Liquide) euros brutos anuales (evidentemente, a prorrata según la vigencia real del acuerdo de trabajo a distancia dentro del período de referencia).
- Un complemento personal «T» para compensar los gastos por conexión de datos, por importe de 50 euros mensuales (80 para aquellas personas cuyo puesto implique atender requerimientos específicos de clientes); y otro «C», circunscrito a los costes en materia de consumos (electricidad, gas, etc.), por un valor mensual de 10 euros (Nokia).

Esto sin poder dejar de reflejar algunos otros contenidos impactantes (para mal), que a lo mejor obedecen a simples descuidos o erratas: 5 euros mensuales (Thales) o 36 anuales (Sociedad General de Autores y Editores). Máxime dado que, en general, con esta cuantía se dice compensar por el conjunto de potenciales gastos (climatización, electricidad, limpieza, adaptación o mejora de las instalaciones y equipamientos domiciliarios, etc.).

Con todo, en estas y otras hipótesis se considera que siempre quedará expedita la oportunidad de reclamar aquellos costes asumidos y no cubiertos, a condición, claro está, de lograr acreditarlos de un modo fehaciente, a pesar de las extremas dificultades que ello pueda ocasionar en algún caso (ej.: consumos por suministros). Quizás una buena solución, aunque no infalible, pueda ser la de prever que “la empresa abonará los gastos que se ocasionen y justifiquen por el teletrabajo” (Safety Kleen).

En adición, para atenuar o evitar la pérdida de poder adquisitivo del personal, revisar con cierta periodicidad (por ejemplo, anual) los correspondientes importes resulta esencial, sea con arreglo a la evolución positiva de la inflación (Ercros, GTS Transportation, Talgo, Thales y TK Elevadores), al incremento aplicado en las tablas salariales del convenio colectivo (Bolsas y Mercados Españoles, cajas y entidades financieras de ahorro, *contact center*, despachos de técnicos tributarios o establecimientos financieros de crédito) o a un porcentaje ya definido [2 (Bureau Veritas) o 3 (Unicef) por 100].

Al mismo fin contribuirá excluir de este ámbito al mecanismo de la absorción y la compensación en materia retributiva (Bolsas y Mercados Españoles, Bureau Veritas o empresas de consultoría). También, la previsión de conceptos específicos, como, entre otras posibilidades, una “ayuda de pago único de 100 euros brutos para la compra de accesorios, mobiliario o material a su elección y según sus necesidades” (Bolsas y

Mercados Españoles); una partida dirigida a afrontar, “hasta su totalidad, cualesquiera eventuales costes directa o indirectamente originados por el teletrabajo, incluyendo los asociados a la adaptación de las instalaciones domiciliarias a las condiciones de trabajo y ambientales” (Ercros); una cuantía (550 euros) en materia de ergonomía, al objeto de preservar la seguridad y la salud laborales mediante las alteraciones precisas en el espacio destinado a la actividad profesional dentro del domicilio (Reale); o el acceso a “una tarjeta de crédito digital a cargo de la empresa [...] [ideada para que] las personas trabajadoras adscritas al teletrabajo puedan solicitar material ergonómico” (Nokia).

6. El componente temporal

Junto con la prestación de servicios en el lugar libremente elegido por la persona empleada, la potencial ductilidad en el horario y, por consiguiente, en el desarrollo de la jornada laboral se presenta como “una de las principales ventajas” (Aguilera, 2023, pp. 4-5) típicamente asociadas al trabajo en remoto. Eventual adaptabilidad en la delimitación del factor cronológico origen de ciertas dosis de complejidad en la práctica (Guerrero, 2023, pp. 194-195).

Ahora bien, esa factible modulación queda a expensas no solo de lo indicado en el pertinente acuerdo individual y, cuando proceda, a través de la negociación colectiva, sino también de “los tiempos de disponibilidad obligatoria [caso de existir] y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso”. Respetados esos parámetros, “la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido” (art. 13 de la LTD).

En sintonía con tales precisiones, entre el contenido mínimo del documento específico a suscribir por las partes se sitúa el «horario de trabajo de la persona trabajadora y [...] [las hipotéticas] reglas de disponibilidad», así como, cuando proceda, el “porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia” [art. 7, letras c) y d), de la LTD].

Y aunque la previsión normativa alcanza a todas las condiciones inicialmente fijadas,



desde luego que en este contexto adquiere una relevancia todavía mayor el deber accesorio consistente en exigir que cualquier variación posterior de los términos originales sea “objeto de acuerdo [escrito y previo] entre la empresa y la persona trabajadora” (art. 8.1 de la LTD).

Dicho lo cual, cuanto precede no implica que, sí o sí, el trabajo a distancia y, a renglón seguido, el teletrabajo tenga que contemplar algún tipo de elasticidad en su configuración. Nada impide que, por ejemplo, opere un horario rígido e inmutable, de modo que una y otra fórmula no siempre son sinónimos de “autonomía en la gestión y flexibilización del tiempo de trabajo” (Aguilera, 2023, p. 5).

Pero, como otra cara de la moneda, tampoco significa que resulte admisible establecer que “la determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte [...] [del correspondiente] responsable jerárquico, en atención a las necesidades del departamento”, pues un enunciado de este tenor conlleva primar únicamente el interés patronal, sin garantizar así el pertinente “acuerdo de voluntades entre el trabajador y la empresa” (STS, Sala de lo Social, núm. 959/2024, de 26 de junio). A la misma conclusión se ha de llegar respecto de un reparto entre los períodos de desempeño presencial y en remoto supeditado a una simple horquilla de referencia, con un mínimo y un máximo para el segundo de ellos (por ejemplo, entre el 30 y el 100 por 100 de la jornada), ya que eso ocasionaría “una disponibilidad cuasi arbitraria de esta modalidad contractual” (SAN, Sala de lo Social, núm. 8/2024, de 23 de enero).

En cambio, una valoración diferente merece que mediante el oportuno cauce individual o colectivo se establezca un número concreto de días a la semana de obligada asistencia a las dependencias de la empleadora, por cuanto “no desvirtúa el acuerdo de voluntades, teniendo en cuenta que la presencialidad debe conjugarse imperativamente con las necesidades organizativas de la empresa” (SAN, Sala de lo Social, núm. 144/2022, de 10 de noviembre).

Y dado que no resulta tan infrecuente la hipótesis de tener que acudir a las instalaciones de la entidad productiva en fechas para las cuales estaba fijado de antemano tiempo de teletrabajo, entonces este precisará ser compensado o sustituido *a posteriori* por períodos al menos equivalentes y con las mismas características. No proceder de esa manera “altera el porcentaje pactado para esta última modalidad, con base [normalmente] en una decisión unilateral de la empresa” (SAN, Sala de lo Social, núm. 144/2022, de 10 de noviembre). Además, dicha condición, por imperativo legal, se debe concretar “de forma clara y precisa [...] antes de que se inicie el trabajo a distancia” (STS, Sala de lo Social, núm. 959/2024, de 26 de junio), sin posibilidad de que lo suscrito quede al libre albedrío de una de las partes en detrimento de los derechos de la contraria (SAN, Sala de lo Social, núm. 117/2022, de 12 de septiembre).

A tales efectos, da igual si esa alteración obedece a, como mera muestra, necesidades organizativas o de coordinación de proyectos efectivamente concurrentes (SAN, Sala de lo Social, núm. 62/2024, de 3 de junio). De ahí que quepa adherirse a esa corriente de opinión dentro de la doctrina científica que reclama desterrar de la práctica aquellas previsiones, colectivas o individuales, donde conste “con cierta amplitud la supeditación del trabajo a cambios sobrevenidos en interés de la empresa, dada su incidencia sobre la planificación personal” (Guerrero, 2023, p. 203).

Desbrozado este primer campo para la discordia, una segunda problemática de cierta enjundia viene dada por la consideración que merece el tiempo durante el cual la persona teletrabajadora, por causa inimputable, no puede prestar sus servicios bajo dicha modalidad. Por ejemplo, fruto de una avería en los equipos facilitados, una caída de los sistemas o una interrupción en el servicio de Internet.

La solución proporcionada por los órganos judiciales resulta francamente sencilla de aplicar y comprender. Toda vez que en la normativa de referencia dentro de la Unión Europea (la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre) existe una clara distinción entre los conceptos, mutuamente excluyentes, de tiempos de trabajo y de descanso [el primero, “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones” (art. 2.1); el segundo, “todo período que no sea tiempo de trabajo” (art. 2.2)], y que no cabe hablar de un *tertium genus* o categoría intermedia entre ambos, la conclusión no puede ser otra que la de catalogar esos supuestos *ut supra* bosquejados como períodos de genuino desempeño profesional. Resultado al que también conducen los dos siguientes razonamientos adicionales (STS, Sala de lo Social, núm. 959/2024, de 26 de junio):

[Primero, que] las condiciones laborales del personal que presta servicios mediante el teletrabajo no pueden ser de peor condición que las del trabajo presencial de forma que si [...] los cortes de suministro de luz o de red que puedan producirse en los centros de



trabajo de la [...] [empresa] no conlleva que sus trabajadores presenciales deban recuperar el tiempo de trabajo afectado por dichas incidencias o no se les reduce el salario, tampoco ello puede afectar a quienes prestan servicios mediante el teletrabajo [...] [Segundo, que el] periodo de tiempo en el que los trabajadores a distancia no pueden prestar servicios por averías u otras incidencias similares no puede ser calificado de tiempo de descanso puesto que el trabajador, durante el referido tiempo, no puede disfrutar de la posibilidad efectiva de apartarse de su entorno laboral y disponer libremente del mismo para su ocio.

A lo que de inmediato es dable enlazar un tercer argumento de peso: desde el momento en el que la LTD impone a la empresa la responsabilidad permanente de adoptar las medidas precisas (empero, técnica y razonablemente factibles) para el adecuado desenvolvimiento de la actividad laboral, si aquellas se muestran incapaces de “solventar [...] incidencias que, ajenas a la voluntad del trabajador, le impidan seguir trabajando, no puede el empleador repercutir sobre él la imposibilidad de trabajar” (STS, Sala de lo Social, núm. 565/2023, de 19 de septiembre).

Ni siquiera la empleadora se podrá escudar en que formalmente ha sido la persona trabajadora o un tercero ajeno quien celebró “el contrato de suministro [en este supuesto] con la compañía eléctrica [...] [lo cual] no ha de implicar una exoneración [...] de su obligación de dar ocupación al trabajador” (SAN, Sala de lo Social, núm. 117/2022, de 12 de septiembre). O en que, ante situaciones análogas, el personal presencial “pudiera ocupar ese tiempo de interrupción de la actividad en formación” (STS, Sala de lo Social, núm. 565/2023, de 19 de septiembre).

Avanzando ahora hacia otros planteamientos, una vez que por debajo del umbral legal o negocial de referencia el trabajo a distancia deja de ser “regular”, automáticamente quedará fuera del ámbito de aplicación de la LTD y pasará a regirse por la normativa laboral común. Tal eventualidad suscita diversas incertidumbres en torno a no pocos elementos esenciales, como la configuración de la modalidad resultante, su carácter voluntario o forzoso, reversible o fijo; si han de operar también aquí los derechos a la dotación de medios y a la compensación de gastos; etcétera (Casas, 2021, pp. 446-447). Vacíos capaces de suscitar un inferior nivel de protección para las personas trabajadoras afectadas, acentuando además potenciales riesgos de precariedad en colectivos como los de las mujeres y quienes se encuentren dentro de determinados rangos de edad (jóvenes o maduras) (Reche, 2023, p. 2).

Esta eventual situación de anomia pone todavía más en evidencia la importancia adquirida en el contemporáneo escenario de las relaciones laborales por la negociación colectiva, de la cual se demanda el despliegue de una regulación *ad hoc* lo suficientemente completa y garantista (De la Puebla, 2022, pp. 31-32).

Al menos por ahora, no parece constituir una cuestión primordial para la práctica negocial, de manera que ese trabajo a distancia ocasional o, en contraposición a los términos de la LTD, “irregular” viene caracterizado por una notoria ausencia de referencias concretas. En este sentido, los escasos textos que, dentro de la muestra seleccionada para este estudio, lo contemplan generalmente lo hacen de manera sucinta. De este modo, entre los contenidos que terminan por aflorar destacan: en coherencia con el principio de ajenidad, proveer a las personas trabajadoras de los instrumentos (ordenador, tableta, teléfono móvil, etcétera) precisos para el desarrollo de la actividad y compensar los gastos en que puedan incurrir (Agfa, Ercros y Telefónica); la disposición del mismo régimen de reversibilidad, jornada, horarios y distribución de los tiempos que para el trabajo a distancia regular (Ercros y Telefónica); la necesidad de un acuerdo previo y por escrito entre la empresa y la persona asalariada (Ercros y Telefónica) o, al menos, de una autorización inicial por la empleadora (Agfa y establecimientos financieros de crédito), supeditada en ocasiones a la concurrencia de causas relacionadas con necesidades de proyectos o trabajos, o circunstancias personales de conciliación (acción e intervención social).

Por otro lado, no hay que confundir las figuras a las que se refiere la LTD con la fórmula (relacionada, pero diferente) del *flexiworking*, *mobile working* o, entre otras denominaciones, *smart working* (trabajo flexible, en movilidad o inteligente). Esta vanguardista vía de articulación de la actividad laboral implica “una nueva concepción [...] [en el] desarrollo del sistema productivo y de la organización del trabajo” (López Ahumada, 2022, p. 171), siendo los pilares fundamentales sobre los que se asienta los de la autonomía, la flexibilidad, el desempeño basado en objetivos, la labor en equipo y el intenso componente tecnológico (Cuatrecasas, 2021, pp. 273-275).

Sin perjuicio de las palpables concomitancias, al final se trata de una versión más evolucionada o desarrollada, “un salto cualitativo” (López Ahumada, 2022, p. 173) evidente respecto del teletrabajo, ya que



“flexibiliza aún más el tiempo de trabajo y la movilidad espacial [...] [siendo esta] una diferencia significativa con respecto a la concepción clásica [...] [de aquel]” (Ruiz, 2024, pp. 3-4).

Sin embargo, a pesar de encontrar en él sus orígenes, en el *smart working* no resultan aplicables, *per se*, las previsiones legales o negociales referidas netamente el trabajo a distancia. De hecho, aunque de forma esporádica se deja ver en alguna plasmación convencional, continúa siendo algo básicamente anecdótico. No obstante, allí donde aparece -no pudiendo profundizar en su contenido, cabe remitir a: elaboración de productos de mar (art. 39), European Air Transport (art. 36), Evolutio (anexo III), Nortegas (art. 93), Telefónica (anexo V) y Teleinformática y Comunicaciones (anexo II)- “actúa como garantía del respeto a los derechos laborales e, incluso, a los llamados derechos digitales” (Lanzadera y De las Heras, 2021, p. 162).

De todos modos, al analizarlo y valorarlo corresponde “ser cauto con las conclusiones desde la perspectiva jurídico laboral” (López Ahumada, 2022, p. 173). No en vano, podría darse el caso de que bajo el ropaje de una de esas flamantes denominaciones subyazca una fórmula con perfecto encaje en el ámbito de la LTD. En consecuencia, como en otras muchas otras situaciones e instituciones del Derecho del trabajo, no es el *nomen iuris* lo que vincula, sino la realidad de los hechos en presencia, razón por la cual la naturaleza del trabajo a distancia regular prevalecerá sobre la designación distinta, intencionada o no, dada por la empresa o las partes (SAN, Sala de lo Social, núm. 8/2024, de 23 de enero). Sabiendo igualmente que la ocasional apariencia de validez “solo [resulta] desvirtuable por prueba a cargo de quien [...] impugna” (SAN, Sala de lo Social, núm. 36/2023, de 21 de marzo).

Retomando la senda de las prácticas convencionales que, ahora en relación con el elemento temporal del teletrabajo, merecen ser compartidas, corresponde señalar que, sin duda, se trata de una de las materias más dadas al casuismo. No es de extrañar, en razón a la incidencia que dicha cuestión puede tener en el funcionamiento de la organización productiva. De ahí que, respecto de los diferentes elementos implicados, tiendan a buscarse las combinaciones que mejor se adapten a las características e idiosincrasia de cada sector o empresa, pero sin perder de vista el indispensable, a la par que delicado, equilibrio con los intereses del personal.

Pues bien, dejando deliberadamente fuera las formas concretas de distribución del tiempo de trabajo en remoto [de manifiesta heterogeneidad e, inclusive, susceptibles de diferentes modalidades dentro de un mismo entorno (Repsol)], las pautas rectoras más elementales (*verbi gratia*, la facultad que se reserva la empresa para establecer un día concreto de teletrabajo a la semana; Orange) o los umbrales de referencia [hasta el 20 (Adecco, Bolsas y Mercados Españoles y Euro Pool), 40 (Cepsa), 50 (Unicef), 60 (Evolutio) u 80 por 100

(Talgo) de la jornada]], el primer hito viene dado por la posible previsión de una bolsa con días adicionales de teletrabajo al año [5 (Telefónica), 10 (Michelin, Orange o Redexis), 20 (Thales) o 25 (GTS Transportation)] o al mes (3; AXA), pensados para alcanzar, de manera reglada y limitada, unas superiores cotas de flexibilidad con las que propiciar la atención de ocasionales sucesos repentinos.

Propósito general al que también parece ir encaminada la facultad atribuida a la persona trabajadora consistente en, de existir diversas modalidades para la estructuración del tiempo de prestación de servicios en remoto, poder pasar de una a otra según su voluntad y demandas particulares (Orange). O, al menos, para alterar las fechas o la distribución de los días de teletrabajo previamente establecidos ante cualquier acontecimiento súbito y previo acuerdo con la empresa (Bolsas y Mercados Españoles, Orange, Redexis o Unicef).

Otra práctica interesante es la de permitir un cierto margen de flexibilidad horaria en los períodos de prestación de servicios en remoto. A este respecto, superando la mera remisión a lo dispuesto para el desempeño presencial (Cepsa, Catalana Occidente o Redexis), existe un caudaloso torrente de posibilidades, como las de establecer una franja de tiempo para desarrollar parte de la jornada diaria de referencia (Evolutio y Orange); permitir que se elija el momento de inicio de aquella dentro de un rango concreto de horas (por ejemplo, entre las 8 y las 10 de la mañana; Dealz); conceder que se rebasen los horarios generales de cierre a fin de favorecer la conciliación de las vidas personal, familiar y profesional (Nokia y Teleinformática y Comunicaciones); o, sin agotar el listado, contemplar la oportunidad de acumular las fechas para el teletrabajo en determinados períodos del año (Siemens).

Lo cual no impide que, en paralelo, la persona trabajadora adquiera el compromiso de permanecer localizable y disponible dentro de su jornada (a través del correo electrónico, el teléfono móvil, la mensajería instantánea, etcétera) para atender cualquier tipo de comunicación o contacto efectuado por la entidad, un compañero, un cliente, un proveedor u otro interlocutor relacionado con



la empresa (Adecco, Bureau Veritas, Cepsa, Ercros, Evolutio, Naturgy, Redexis, Telefónica o Thales).

Frecuente y razonable resulta asimismo la posibilidad, puntual y en tanto en cuanto la razón determinante subsista (Escuelas italianas, Siemens o Unicef), de que la persona empleada, en fechas *ab initio* previstas para actuar en remoto, deba acudir al centro de trabajo o a cualquier otro lugar para prestar servicios, asistir a una reunión, recibir una formación, sustituir a alguien de baja o vacaciones, atender imprevistos o variaciones en la actividad, etcétera. Ahora bien, el oportuno llamamiento ha de ser notificado con la mayor antelación posible (Cepsa, Ibermática, Michelin o Redexis), preestablecida en algún supuesto en un mínimo de 24 (acción e intervención social, Dealz o Reale), 48 (agencias de viaje) o 72 (Agfa, establecimientos financieros de crédito, Euro Pool o industrias del frío industrial) horas. Margen de antelación que, dicho sea de paso, no resultará siempre obligatorio, por cuanto, “caso de producirse una situación imprevisible, aquel vendría inoperante” (SAN, Sala de lo Social, núm. 144/2022, de 10 de noviembre).

Ello, como no podía ser de otro modo, sin menoscabo de recuperar el tiempo no teletrabajado más adelante (AXA o Triangle Outsourcing), aun cuando tenga que ser dentro de la misma semana (Nortegas) o a lo largo de los 15 días siguientes (Bureau Veritas).

Por sí mismas, esas eventualidades no adulteran el acuerdo individual de voluntades, ya que “la presencialidad debe conjugarse imperativamente con las necesidades organizativas de la empresa [...] [sin perjuicio de que quien resulte afectado precise] ser avisado con la máxima antelación posible” (SAN, Sala de lo Social, núm. 144/2022, de 10 de noviembre). Plazo que, dicho sea de paso, no tiene que coincidir obligatoriamente con el establecido para el trabajo presencial, pues este implica la entrada en escena de una previsión convencional que “no trata de reglas sobre presencialidad y trabajo a distancia” (SAN, Sala de lo Social, núm. 117/2022, de 12 de septiembre).

Es más, llegado el caso, razones técnicas, productivas y organizativas justificadas pueden provocar la suspensión temporal del acuerdo de trabajo a distancia (Reale y Talgo), requiriéndose en algún supuesto que, a tales efectos, las causas determinantes no excedan los 6 meses de duración (Siemens).

Con todo, es dable aceptar que, de cara a una posible reversibilidad, las situaciones recurrentes de teletrabajo en un porcentaje inferior al pactado (Nokia) y las reiteradas variaciones y modificaciones en los días o en el horario de prestación de servicios en remoto (Teleinformática y Comunicaciones) acaben siendo analizadas en una hipotética comisión de seguimiento.

Terminando ya con este extenso recorrido que comenzó hace varios apartados, merece la pena acabar, otorgándoles

además una cálida acogida, con aquellos tratamientos particularizados (y más beneficiosos) dispensados en favor de algunos colectivos, como, *verbi gratia*, los de las empleadas embarazadas a partir de un determinado mes de gestación; quienes se encuentren dentro de procesos médicos de fecundación *in vitro* o por patologías diagnosticadas y asociadas a enfermedades menstruales o síntomas graves derivados de menopausia o andropausia; o las personas trabajadoras con discapacidad o hijos por debajo de cierta edad, en situación de parto múltiple, encargadas de la atención del cónyuge, la pareja de hecho o el familiar de primer grado convaleciente, o que retornen a la actividad tras una indisposición severa, una incapacidad temporal o la interrupción del contrato por nacimiento o cuidado de un menor (AXA, *contact center*, GTS Transportation o Thales).

7. Conclusiones

El acentuado y acelerado dinamismo que hoy singulariza al polifacético ámbito de las relaciones laborales invita a reflexionar, de manera recurrente, acerca de la inestimable función a desarrollar tanto por los órganos jurisdiccionales como por las mesas del diálogo social. A este respecto, el trabajo a distancia y, por derivación, el teletrabajo, modalidades de prestación de servicios llamadas a adquirir un notable protagonismo, reflejan de manera nítida la importancia atesorada por unos y otras en un marco tan cambiante e imprevible.

Así, en los primigenios y titubeantes compases de la regulación de urgencia aprobada en España para facilitar unas adecuadas dosis de seguridad jurídica en torno a los desempeños en remoto (el RDLTD, de inicio, y la LTD, después), era de esperar que la voz cantante recayera sobre los juzgados y los tribunales de lo social, a los que entonces competía arrojar luz sobre las dudas y las incertidumbres consustanciales a un referente regulador de nuevo cuño. A partir de ahí, aunque casi en paralelo, las representaciones patronales y obreras estaban llamadas a tomar el testigo y asumir la natural responsabilidad



de proporcionar unos márgenes más maduros y aquilatados para la materia.

Y si bien no hay que infravalorar los avances y los esfuerzos realizados hasta la fecha en tal sentido, lo cierto es que todavía las instancias jurisdiccionales tienen que intervenir con demasiada frecuencia e intensidad a fin de abordar las múltiples aristas y controversias suscitadas. Probablemente, parte de la culpa deba recaer sobre ese número significativo de textos surgidos de la concertación social que aún se encuentran, en el mejor de los casos, a medio camino.

Dadas sus especiales características, el convenio (o el acuerdo) colectivo ha de erigirse en el principal instrumento para la concreción, desarrollo y perfeccionamiento de lo estipulado en la LTD, cuya propia efectividad depende de ese auxilio a brindar por la norma autónoma. Sin embargo, esto no es así, al menos en términos generales.

El análisis plasmado a lo largo de las páginas precedentes confirma que, salvo contadas excepciones, buena parte de los aspectos objeto de estudio no han acabado de cristalizar de forma pertinente en la práctica. En resumidas cuentas y desde un enfoque global, el teletrabajo precisa de un tratamiento distinto por las instancias negociadoras. Solo dejando atrás esos planteamientos menos ambiciosos, que no profundizan adecuadamente sobre el particular y acaban traducándose en enunciados fragmentarios, superficiales o simplemente formales, se conseguirá aprovechar todo el potencial que ofrece el convenio/acuerdo colectivo.

De lo contrario, su función ordenadora se desplazará de inmediato hacia el pacto individual entre la empresa y la persona trabajadora, agudizando el clásico desequilibrio de poder entre los sujetos de la relación laboral y abocando a una mayor conflictividad en sede judicial.

En definitiva, el escenario delineado requiere de un apreciable lavado de cara. A tales efectos, esas expresiones de cierto calibre que de vez en cuando afloran en los textos adoptados desde las mesas del diálogo social deberían dejar de representar lo inusual y convertirse en la regla. No en vano, las realidades presentes y futuras demandan (y seguro continuarán haciéndolo) una perspectiva diferente, rupturista y acorde con la relevancia de los bienes jurídicos implicados.

Referencias bibliográficas

- Aguilera, R. (2023). Accidente de trabajo y teletrabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 264, 1-8.
- Carmona, F. (2024). Régimen jurídico del teletrabajo. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 9(1), 153-165.
- Casas, M. (2021). Digitalización y teletrabajo. En J. Fernández & R. Fernández (Coord.), *Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar* (pp. 421-460). Thomson Reuters-Aranzadi.

Cruz, J. (2022). Presentación. En Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Eds.), *Teletrabajo y negociación colectiva. XXXIII Jornada de estudio sobre negociación colectiva* (pp. 9-20).

De la Puebla, A. (2022). Negociación colectiva y regulación del trabajo a distancia. En Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Eds.), *Teletrabajo y negociación colectiva. XXXIII Jornada de estudio sobre negociación colectiva* (pp. 21-58).

Díaz, J. (2022). Fiscalidad y teletrabajo: análisis de algunas cuestiones de interés. En I. Marín, M. Igartua & C. Solís (Direct.), *Digitalización, desarrollo tecnológico y Derecho del trabajo: nuevas perspectivas de sostenibilidad* (pp. 433-459). Thomson Reuters-Aranzadi.

Fernández, M. (2022). El papel de la negociación colectiva en la implementación del trabajo a distancia. En M. Fernández (Direct.), *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa* (pp. 199-216). Thomson Reuters-Aranzadi.

Grisolia, J. (2024). Hacia dónde vamos: los desafíos del Derecho Laboral en tiempos de cambios. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(1), 686-706. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9416352>

Guerrero, E. (2023). La normatividad del tiempo en el trabajo a distancia. En J. Moreno & A. Romero (Coord.), *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica* (pp. 191-239). Tirant lo Blanch.

Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en RRHH (2021). *Colección Proyecto Technos II. Documentos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales*. Wolters Kluwer.

Lanzadera, E. & De las Heras, A. (2021). El "smart working" como fórmula innovadora en la gestión empresarial: entre la libertad de empresa digital y los derechos laborales. En C. Molina & R. Vallecillo (Direc.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales justas para una industria 4.0 justa e inclusiva* (pp. 145-171). Thomson Reuters-Aranzadi. <http://hdl.handle.net/20.500.12226/1094>

López, J. (2022). *Tiempo de trabajo y economía digital. Limitación del tiempo de trabajo y garantía del descanso laboral*. Ediciones Cinca.

López, J. (2023). Reflexiones sobre el nuevo contexto de aplicación del teletrabajo. *Noticias CIELO*, 2, 1-7. https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2023/02/lopez_noticias_cielo_n2_2023.pdf



López, S. (2024). Crisis de la representatividad y digitalización: el papel de la negociación colectiva en materia de teletrabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(1), 103-133.

Paratore, E. (2022). Trabajo a distancia y negociación colectiva. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 984, 1-5.

Parlamento Europeo (2022). *Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital [2021/2098(INI)]*. Parlamento Europeo. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0279_ES.html

Peral, M. (2024, 9 de enero). *Teletrabajo, conciliación familiar y personal y negociación colectiva*.

Diario La Ley. <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2024/01/30/teletrabajo-conciliacion-familiar-y-personal-y-negociacion-colectiva>

Quintanilla, R. (2022). Negociación colectiva en el teletrabajo: conciliación y flexibilidad en el tiempo de trabajo. En Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Coord.), *Teletrabajo y negociación colectiva. XXXIII Jornada de estudio sobre negociación colectiva* (pp. 59-114).

Reche, N. (2023, 19 de setiembre). *El rol fundamental de los juzgados y tribunales en la construcción y delimitación del teletrabajo: principales controversias y soluciones*. Diario La Ley.

Rodríguez, S. (2021). Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: apuntes a la luz de la Ley 10/2021. En J. Fernández & R. Fernández (Direc.), *Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social* (pp. 65-91). Thomson Reuters-Aranzadi.

Rodríguez, A. & Guinot, J. (2023). Mi empresa no me deja teletrabajar: aprendizajes y retos futuros del teletrabajo en tiempos de pandemia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (475), 227-254. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.3343>

Romero, A. (2021). *El marco regulador del teletrabajo*. Atelier.

Romero, A. (2023). La regulación del teletrabajo en la negociación colectiva. En J. Moreno & A. Romero (Coord.), *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica* (pp. 313-397). Tirant lo Blanch.

Ruiz, J. (2024). El smart working y su futuro normativo en España: propuestas a partir de la experiencia italiana. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 14(1), 1-28. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.9557>

Sierra, E. (2023). El papel de la negociación colectiva en la regulación del teletrabajo: nuevos retos de actuación. *Acciones e investigaciones Sociales*, 44, 67-75.

Anexo: relación de acuerdos y convenios colectivos utilizados

Acción e intervención social. Modificación del convenio colectivo estatal de acción e intervención social (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2023) [anexo III].

Adecco. Convenio colectivo de Adecco TT, SA, ETT (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2023) [anexo].

Agencias de viajes. Convenio colectivo estatal del sector de agencias de viajes (BOE núm. 210, de 2 de septiembre de 2023) [art. 18].

Agfa. Convenio colectivo de Agfa Offset BV sucursal en España, para sus centros de trabajo de Barcelona y Madrid (BOE núm. 293, de 7 de diciembre de 2022) [art. 17].

Al Air Liquide. Convenio colectivo de Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2023) [anexo IV].

AXA. Convenio colectivo del Grupo AXA (BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2023) [art. 13].

Bolsas y Mercados Españoles. Convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles (BOE núm. 229, de 23 de septiembre de 2022) [anexo VIII].

Bureau Veritas. Convenio colectivo de Bureau Veritas Iberia, SLU (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2023) [art. 55].

Cajas y entidades financieras de ahorro. Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2024) [art. 14].

Catalana Occidente. Convenio colectivo de Seguros Catalana Occidente [...] (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2022) [art. 12].

Cepsa. Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa (BOE núm. 52, de 28 de febrero de 2024) [art. 68].

Contact center. Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* (BOE núm. 137, de 9 de junio de 2023) [art. 19].

Dealz. Convenio colectivo de Dealz España, SLU (BOE núm. 255, de 25 de octubre de 2023) [anexo I].

Despachos de técnicos tributarios. Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2023) [art. 49].

Elaboración de productos del mar. Convenio colectivo de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración (BOE núm. 93, de 19 de abril de 2023) [art. 39].

Empresas de consultoría. Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE núm. 177, de 26 de julio de 2023) [art. 41].

Ercros. Convenio colectivo de Ercros, SA (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2022) [anexo V].

Escuelas italianas. Convenio colectivo de las



escuelas italianas en España (BOE núm. 180, de 26 de julio de 2024) [anexo II].

Establecimientos financieros de crédito. Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2024) [art. 33].

European Air Transport. Convenio colectivo de European Air Transport Leipzig GMBH, sucursal en España (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022) [art. 36].

Euro Pool. Convenio colectivo de Euro Pool System España, SLU (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2022) [anexo III].

Evolutio. Convenio colectivo de Evolutio Cloud Enabler, SAU (BOE núm. 5, de 6 de enero de 2023) [anexo II].

FerroAtlántica. Acuerdo marco del grupo FerroAtlántica en España (BOE núm. 268, de 8 de noviembre de 2022) [art. 19].

GTS Transportation. Convenio colectivo interprovincial para GTS Transportation Spain, SAU (BOE núm. 128, de 27 de mayo de 2024) [art. 37].

Ibermática. Convenio colectivo de Ibermática, SA (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2023) [art. 12].

Industrias del frío industrial. Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias del frío industrial (BOE núm. 131, de 2 de junio de 2022) [art. 13].

Michelín. Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA (BOE núm. 259, de 30 de octubre de 2023) [anexo I].

Naturgy. Convenio colectivo del grupo Naturgy (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2023) [anexo VII].

Nokia. Convenio colectivo de Nokia Spain, SA (BOE núm. 301, de 16 de diciembre de 2022) [art. 42].

Nortegas. Convenio colectivo de Nortegas (BOE núm. 28, de 1 de febrero de 2024) [anexo VII].

Orange. Acuerdo de modificación del convenio colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, SLU (BOE núm. 13, de 15 de enero de 2022) [art. 40].

Organización Nacional de Ciegos. Acuerdo del convenio colectivo de la Organización Nacional de Ciegos y su personal (BOE núm. 103, de 1 de mayo de 2023) [art. 13].

Provivienda. Convenio colectivo de Provivienda (BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2022) [art. 19].

Reale. Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale (BOE núm. 259, de 30 de octubre de 2023) [art. 19].

Redexis. Convenio colectivo del grupo Redexis Gas (BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022) [anexo V].

Safety Kleen. Convenio colectivo de Safety Kleen España, SA (BOE núm. 113, de 12 de mayo de 2023) [anexo II].

Siemens. Convenio colectivo de Siemens Energy, SA (BOE núm. 128, de 27 de mayo de 2024) [anexo VIII].

Sinifo. Convenio colectivo de Sinifo Instalaciones de Telecomunicaciones, SL (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2022) [art. 31].

Sociedad General de Autores y Editores. Convenio colectivo de la Sociedad General de Autores y Editores (BOE núm. 255, de 25 de octubre de 2023) [art. 38].

Talgo. Convenio colectivo de Patentes Talgo, SLU (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022) [art. 111].

Telefónica. Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU; Telefónica Móviles España, SAU, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE núm. 52, de 28 de febrero de 2024) [anexo V].

Teleinformática y Comunicaciones. Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SA (BOE núm. 148, de 19 de junio de 2024) [anexo II].

Thales. Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU (BOE núm. 145, de 18 de junio de 2022) [art. 37].

TK Elevadores. Convenio colectivo de TK Elevadores España, SLU, para Madrid y Valencia (BOE núm. 122, de 20 de mayo de 2024) [anexo VI].

Triangle Outsourcing. Convenio colectivo de Triangle Outsourcing, SL (BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2023) [art. 18].

Unicef. Acuerdo de modificación del convenio colectivo de la Fundación Unicef-Comité Español (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2022) [apdo. cuarto].

Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos. Convenio colectivo de la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos de España y su personal laboral (BOE núm. 23, de 26 de enero de 2024) [art. 30]. 



Inspección del trabajo y sindicatos: crítica de su interacción y bases para una relación colaborativa^(*)

Labour inspection and trade unions: criticism of their interaction and foundations for a collaborative relationship

Luis Mendoza Legoas^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: La relación existente entre el movimiento sindical y la inspección del trabajo es compleja y su observación en el medio peruano en los años recientes permite deducir ciertas reglas prácticas aplicables a dicha realidad. No estamos ante una suma simple de esfuerzos tutelares sobre los derechos de trabajadores cubiertos por ambos: existen supuestos en los que la real capacidad de ambos actores puede verse mutuamente potenciada y en ocasiones, contrarrestada. Así, al cabo de una investigación jurídica –que hace uso de métodos inductivo, jurisprudencial– y con apertura a los efectos socioeconómicos que tiene la intervención del sindicato y de la inspección del trabajo en las relaciones laborales, se propone una tipología para comprender y valorar estas intersecciones.

Palabras clave: Inspección del trabajo - Sindicato - Sanción administrativa - Colaboración - Competencia - Vulnerabilidad

Summary: The relationship between the trade union movement and labour inspection is complex and its observation in the Peruvian context in recent years allows us to deduce certain practical rules about this reality. We are not facing a simple sum of protective efforts over the rights of workers covered by both entities: there are cases in which the real capacity of both actors can be mutually enhanced and sometimes counteracted. Thus, after a legal investigation –which makes use of inductive and jurisprudential methods– and with a wide-open approach to the socioeconomic effects that the intervention of the union and labor inspection have on labor relations, a specific typology is proposed to understand and value these intersections.

Keywords: Labour inspection - Trade unions - Administrative fines - Collaboration - Competition - Vulnerability

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 22 de agosto del 2024 y su publicación fue aprobada el 30 de octubre del 2024.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en relaciones industriales y de empleo por la Universidad de Turín y el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo. Profesor de Derecho del Trabajo en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6247-8400>. Correo electrónico: lmendozalegoas@pucp.pe.



1. Introducción

En el contexto Latinoamericano, la inspección del trabajo surgió empezado el siglo XX, cuando la legislación laboral consagraba a las primeras instituciones reconocidas, tales como la limitación de la jornada laboral. Bensusán ha subrayado que ese contexto histórico fue el mismo que vio la consolidación del reconocimiento de la existencia de los sindicatos como organizaciones de defensa de los trabajadores asalariados en esta parte del mundo (2009, p. 1008). Se trata, pues, de agentes relevantes que han sabido coexistir en el camino ya centenario del Derecho del Trabajo en los países de nuestra región, participando ambos en contextos donde las dificultades para sus respectivas misiones han estado presentes de forma clara, persistiendo a pesar de los contextos políticos y jurídicos que se presentaron de forma no siempre favorable.

Contemporáneamente, ambos agentes atraviesan sus propios desafíos: se ha señalado la existencia de una marcada crisis del sindicalismo de configuración pluricausal. Ciertos factores son imputables a las reformas de signo contrario a la sindicación, extensamente empleadas en el contexto latinoamericano, otras al cambio de paradigma productivo, la mundialización de la economía y la atomización imperante en el mundo del trabajo, que opera en la estructuración empresarial y también en la cultura individual antes que colectiva. Sin duda, en esto una porción importante de responsabilidad les corresponde a los propios sindicatos, pues como agudamente subraya Standing (2011, p. 78), las nuevas generaciones trabajadoras –instaladas en la precariedad– han percibido a los sindicatos como entes que protegen los derechos de las generaciones más antiguas, sin que las organizaciones de trabajadores hayan logrado revertir del todo esa caracterización.

De otro lado, también se considera que la inspección del trabajo se sitúa en un contexto desfavorable. En relación con el contexto europeo, por ejemplo, se ha anotado que la actuación de la inspección del trabajo se ve confrontada muchas veces con los cambios de enfoque que conducen su misión en medio de una ausencia de apoyo público y político (Walters, 2016, p. 10). En la región latinoamericana esto es tangible pues, como se ha comprobado en diversos estudios, una serie de dificultades extrínsecas e intrínsecas de los aparatos administrativos dedicados a la fiscalización laboral terminan afectando el potencial para cumplir la misión que normativamente se le ha encomendado (Mendizábal, 2018, p. 187; Bensusán, 2009, p. 990; Horferlin, 2005, p. 25).

Es así como se confirma lo sostenido por la doctrina cuando concluye que “seguimos todavía siendo deudores principales de un sistema de protección sindical y político de ámbito nacional; que, como hemos señalado brevemente, resulta inadecuado para tener una actuación tuitiva eficaz en el mundo actual” (Villavicencio, 2010, p. 77).

En este trabajo buscaremos presentar algunas ideas que aspiran a ofrecer una deconstrucción de las complejas relaciones entre el sindicato, una organización social relevante en el mundo del trabajo, y la inspección del trabajo, una agencia pública indispensable en la intervención estatal sobre las relaciones de trabajo. Tal ejercicio analítico lleva a considerar variables en el orden social, político, económico y jurídico. Por ello, en este trabajo hemos considerado una valoración de las relaciones de este nivel en lógica jurídica, pero también atendiendo a la interacción social que estos actores ejercen sobre nuestro sistema laboral.

2. La compleja relación ente inspección del trabajo y sindicatos: convergencia defensiva de los derechos laborales

Tanto la labor de la inspección del trabajo como la de la libertad sindical se encuentran en esferas distinguibles de las relaciones laborales: la primera, radica en el poder público de supervisar y sancionar comportamientos antijurídicos laborales, siendo su objeto el “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión” (artículo 2.1 del Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo – Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947). La segunda, encuentra sustento en las libertades individuales concurrentes para adoptar la decisión de fundar un ente colectivo y realizar, a través suyo, un plan de acción determinado. El objeto de este ente es diverso, pero podemos convenir que la sintética expresión del artículo 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos es suficientemente expresiva, sobre la situación de la persona que, en el mundo del trabajo, aspira a sindicalizarse: lo hace “para la defensa de sus intereses”.

Levi (1962) sostiene que la voz “sindicato” recoge el papel defensivo que cumple este agente. Con raigambre etimológica se remonta al antiguo griego, el término proviene de la conjunción de los términos *sin* (“con”) y *dike* (“justicia”). La palabra “sindicato” deriva



del “sindico”, esto es, el llamado a intervenir en procura de los derechos de un grupo de personas que comparten la misma actividad profesional para la defensa de sus intereses colectivos (citado en Santos, 1987, p. 17).

Analizar al sindicato en relación con su teleología ha permitido identificar, conforme a la dogmática, fines propios en los conflictos económicos y los jurídicos. En los primeros, el rol *iurisgénico* del sindicato a través del proceso del diálogo social bipartito –la negociación colectiva– motiva a que la protección de los derechos sindicales (individuales o colectivos) refleje la afirmación del modelo democrático de relaciones laborales, por potenciar a la capacidad de la autonomía privada colectiva en su rol protagónico en la determinación de condiciones de trabajo. Entonces –como bien sintetiza Sappia (2002, p. 1)– mientras los conflictos económicos intentan modificar lo que está reglado, los conflictos jurídicos dan lugar a reclamos por incumplimientos reales o presuntos de normas en vigor.

Entonces, la función defensiva del sindicato que nos interesa abordar en este trabajo es aquella que se refiere a su actuación vigilante para el respeto a los derechos laborales existentes (“conflictos jurídicos”) o respecto del marco normativo que les habilita a intervenir en la formulación de nuevas regulaciones laborales (“conflictos económicos”). En tanto, la inspección opera respecto del marco normativo que da lugar a los conflictos jurídicos y el que habilita a que las organizaciones sindicales operen en los conflictos económicos. Por cierto, la inspección no resuelve ninguno de ellos, aunque sí puede concebirse a la intervención del inspector en un ámbito laboral como una que podría coadyuvar a la solución de conflictos actuales o latentes a través de la afirmación del cumplimiento de normas laborales.

Por su parte, la inspección del trabajo suele ser subrayada por su calidad garantista, entre las medidas que se pueden adoptar desde el poder público. Se ha anotado así que el papel del Estado no se agota en la formulación de legislación laboral, sino que además se requiere que la inspección del trabajo la haga cumplir, aunque evitándose los actos de injerencia sobre las relaciones colectivas de trabajo (Oficina Internacional del Trabajo, 2008, p. 19). Sin embargo, esta función requiere de acciones específicas del Estado que aseguren la colaboración de los servidores de la inspección del trabajo con las organizaciones de los trabajadores y de los empleadores (lo que hace parte de los convenios de gobernanza contenidos en el artículo 5, inciso b del Convenio número 81 OIT – Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947; y en el artículo 13 del Convenio número 129 OIT – Convenio sobre la inspección del trabajo, agricultura, 1969).

En ese sentido, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones subraya, en relación con el cumplimiento de normas referidas a salarios) que “[c]on respecto al control y a la supervisión, prácticamente huelga destacar la importancia del funcionamiento adecuado de

los servicios de inspección del trabajo que deberán ser capaces de identificar las violaciones a la legislación en materia de salarios y sancionar a los infractores” (2003, p. 220).

Otro ejemplo que tomamos de los estándares internacionales para graficar la relevancia de la inspección del trabajo puede situarse en la Recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (número 149). El punto 9 de sus disposiciones generales recuerda la importancia de la inspección del trabajo entre los “procedimientos adecuados” necesarios para el cumplimiento efectivo de las normas que favorecen a los trabajadores rurales y a sus miembros.

Perú ha experimentado, en años recientes, un desarrollo de las fiscalizaciones emprendidas por la Administración Pública. Así, por vía del fortalecimiento y especialización de la labor del Estado, se ha subrayado cómo los servicios administrativos se han especializado en supervisar y tutelar bienes jurídicos difusos y derechos sociales, a través de la creación de organismos dedicados a este tipo de actividades (Povis, 2020, p. 53). Este es, ciertamente, el caso de la SUNAFIL, que a la fecha lleva una década de operaciones en el ámbito nacional.

El contexto latinoamericano ofrece, con señaladas excepciones, certeza sobre la relación de la labor de la inspección con el debilitamiento del actor sindical de forma fundamentalmente protectora. Conforme se ha señalado, esto ha llevado a que la supervisión estatal se oriente a controlar instituciones del derecho laboral individual (Pereira, 2010, p. 289) y hasta del derecho colectivo (Boza y Mendoza, 2010, p. 330). Nótese que el que una importante porción de responsabilidad sobre el control del cumplimiento de las normas de trabajo recaiga en el sector estatal (comprendiendo allí a la judicatura y a la inspección del trabajo) da lugar a una cristalización de un estado de cosas no precisamente deseable para el desarrollo del sindicalismo y para la propia actuación de la fiscalización administrativa laboral. Se trata de un *statu quo* en el que la actuación sindical se define por su efectividad



en el uso de herramientas heterónomas antes que por el uso de medios de acción autónomos.

Si bien lo señalado no es problemático *per se*, sí condiciona severamente a la capacidad del agente sindical de participar eficazmente, por sus propios medios de acción, en actuaciones defensivas céleres e inmediatas, que instauren un canal de trato de este tipo de cuestiones en relaciones de trabajo que apunten a la armonización de conflictos. Peor aún, consagra a un sistema ineficaz en el que la resolución de disputas en el espacio de trabajo es abordada por las partes desde enfoques basados en la adjudicación del Derecho por terceros en vez de privilegiarse al consenso en el espacio de trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2013, p. 20), a través de fórmulas autocomponedoras. Lo crítico aquí resulta de una comprobación factual: los mecanismos de garantía como la inspección del trabajo suelen estar saturados, quedando así evidenciada la impertinencia de un enfoque que irreflexivamente descuida su relativa inoperancia por tener que atender la demanda de sus servicios en favor de un número limitado de trabajadores asalariados (afiliados a las organizaciones denunciante o, cuando corresponde, también trabajadores no afiliados que son defendidos por estas organizaciones en situaciones particulares).

Por otro lado, la problemática señalada impone a la inspección del trabajo la relación permanente con un agente que se comportará frecuentemente como denunciante, captando así un caudal importante de la operatividad pública para fiscalizar y sancionar incumplimientos laborales existentes. De hecho, las estadísticas disponibles del Sistema de Inspección del Trabajo peruano evidencian que la denuncia es el medio prevalente de generación de fiscalizaciones.

Tabla 1
Origen de las actuaciones de inspección entre 2019 y 2022

	2019	2020	2021	2022
Denuncias interpuestas	52 269 (66%)	62 792 (83%)	57 191 (60%)	72 389 (67%)
Operativos planificados	27 388 (34%)	13 186 (17%)	38 366 (40%)	36 053 (33%)
Total	79 607	75 978	95 557	108 442 (*)

Fuentes: Anuarios Estadísticos de la Inspección del Trabajo de 2019, 2020 y 2021. Boletines estadísticos trimestrales de 2022: I, II y III.⁽¹⁾

En pocas palabras, la garantía de los derechos laborales en las relaciones de trabajo peruanas no solo están depositadas, en mayor medida, en la actividad de la SUNAFIL antes que en la actividad defensiva de los sindicatos –cuya tasa de cobertura entre 2015 y 2022 apenas ha promediado al 5%

de trabajadores en el sector formal privado como lo ha señalado el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo “MTPE” (2023, p. 27)— sino que además los propios sindicatos abarcan un espacio significativo entre los usuarios del mecanismo de la denuncia. De esto se deriva, presumiblemente, que el sindicato, sus afiliados o (en el mejor de los casos) los trabajadores al menos indirectamente alcanzados por la actividad sindical conformen habitualmente el universo subjetivo de beneficiarios de la supervisión estatal sobre el cumplimiento de las condiciones de trabajo, seguridad y salud, entre otros beneficios. En esa medida, se cumplirían diagnósticos de signo adverso, referidos respecto de tantos contextos en los que se ha comprobado que la inspección del trabajo enfrenta mayores dificultades cuando le toca intervenir allí donde el sindicalismo ha experimentado declives (Weil, 2008, p. 350).

3. Cuestionamientos y propuestas en torno a la relación entre sindicalismo e inspección del trabajo

De estas relaciones se producen combinaciones que parecen relevantes para establecer la utilidad de la inspección del trabajo como un servicio público encuadrable bajo el principio de subsidiariedad económica, basal en el régimen social y económico diseñado por la Constitución peruana. Así es visible la relación de carácter complejo existente entre la inspección del trabajo y el sindicato: admite que, desde una variedad de perspectivas, se aborden las intersecciones que estos mecanismos encuentran en la ejecución de sus medios y fines. De esta forma, su convergencia se produce respecto de la situación de trabajadores individuales y también el de las propias organizaciones sindicales.

En la última década, desde el ámbito profesional y académico, he venido analizando las formas de relación entre la inspección del trabajo y los sindicatos. Para introducir la

(1) Se trata de los documentos disponible a julio de 2024 (siendo notorio el retraso de la SUNAFIL en publicar la estadística sobre las inspecciones del trabajo).



perspectiva que he desarrollado sobre esta compleja cuestión, me permitirá utilizar categorías empleadas en la ecología⁽²⁾ para describir a las interacciones entre dos participantes que confluyen en un mismo espacio: inspección del trabajo y sindicato. Entonces, a manera de resumen de las ideas que desarrollaré más adelante, las formas de colaboración que he encontrado en la investigación aplicada a la pragmática reciente de la inspección del trabajo en Perú podrían resumirse de esta manera:

- 0 : No existe interacción significativa
- + : beneficio
- : perjuicio

Teniendo en cuenta que estos dos actores interactúan en el contexto de las relaciones laborales, los resultados de esa interacción podrían plasmarse de la siguiente manera, en donde el primer valor de la fórmula parentética representa a la inspección del trabajo y la segunda al sindicato (*inspección, sindicato*):

- (0, 0) : Neutralidad mutua. Actúan independientemente.
- (0, +) : Neutralidad para la inspección y beneficio para el sindicato.
- (0, -) : Neutralidad para la inspección y perjuicio para el sindicato.
- (-, +) : Perjuicio para la inspección y beneficio para el sindicato.
- (+, +) : Colaboración recíproca

Algunas aclaraciones deben ser efectuadas. La primera es de orden metodológico. Este trabajo desarrolla una propuesta de seis interacciones entre sindicato e inspección del trabajo, cuyo balance juzgo ampliamente positivo, pero deben tenerse ciertos cuidados. Por esto, creo que, si esta propuesta es tomada en consideración por investigadores desde las ciencias sociales, ella podría ser corroborada con métodos de la investigación cualitativa y cuantitativa que procuren determinar factores causales, abordajes situados en contextos específicos. En tanto, aquí utilizaré la argumentación constitucional, el método jurisprudencial y el método inductivo.

La segunda, aunque quizá obvia, es que esto puede implicar cierto nivel de simplificación de las complejas relaciones entre agentes sociales y el Estado. En este particular asunto, preferimos un enfoque que sea determinable desde el impacto que en forma inmediata o en un lapso intermedio a uno que se preocupe del largo plazo. Por todo esto, cuando referimos

a consecuencias que pueden adjudicarse a uno de estos actores de las relaciones laborales, entendemos que este impacto puede determinarse en relación particular de las misiones que el sistema de inspección del trabajo y una organización sindical tienen.

Se asume, pues, que la relación compleja entre un organismo estatal tan importante y los sindicatos van más allá de las correlaciones tratadas en este texto. Como se ha anotado, las relaciones de poder entre organizaciones privadas, gremios sindicales y empresariales, y los gobiernos pueden resultar en mejores o peores resultados democráticos, conforme con la imparcialidad de las agencias estatales en tales sistemas de intermediación de intereses (Bensusán, 2000, pp. 412-413).

En el contexto peruano, posibles combinaciones pueden producirse y corresponde a la regulación estatal el promover las vías de interacción más eficaces para lograr resultados relevantes en la satisfacción de los derechos en el trabajo. A continuación, abordaremos algunos supuestos teóricos y prácticos de esta interacción.

4. Elenco de interacciones posibles entre la inspección del trabajo y el sindicato

En el mejor de los mundos posibles, una relación de neutralidad mutua (0, 0) da cuenta de sindicatos que operan sin requerir de la actuación de la inspección del trabajo y a este sistema público que opera sin que el sindicato requiera de él. Este supuesto utópico asume el pleno respeto de la libertad sindical, de un lado, y la existencia de desincentivos eficientes contra los actos antisindicales en el régimen administrativo sancionador, lo que permitiría la orientación de la inspección del trabajo a supervisar otros asuntos, por dicha circunstancia. Podría partirse del hecho de que una fuerte presencia sindical puede dar lugar al cumplimiento voluntario (Bensusán, 2009, p. 1004). Sin embargo, como se ha escrito, “sabemos que las normas laborales

(2) Tomo estas ideas de la definición proveniente de las ciencias sociales. Para mayor información sobre qué son, definición, competencia y clases, véase “Relaciones interespecíficas”, de Julián Pérez y Ana Gardey (s.f.). Disponible en <https://definicion.de/relaciones-interespecificas/>.



jamás se cumplen totalmente a pesar de reglas coercitivas” (Servais, 2016, p. 176).

Una situación más factible es que existan atentados contra la libertad sindical. En dicho contexto, la mejor combinación posible sería el que los sindicatos y la inspección del trabajo colaboren en procura de la materialización del goce de los derechos laborales de las organizaciones de trabajadores y de las personas comprendidas por la acción sindical, sean afiliadas o no a dicha organización.

La cooperación entre ambos agentes (+, +) resulta en una expresión positiva de su confluencia. Ello se produciría desde la toma de protagonismo del agente sindical, lo que requiere de un replanteamiento de las funciones del Sistema de Inspección del Trabajo desde el principio de subsidiariedad económica: cabe la intervención de la policía del trabajo para reprimir y sancionar supuestos que no lleguen a ser controlados por el sindicato que opera en el ámbito (o un grupo de ellos, de ser el caso); pero no así cuando este agente se muestra apto para inhibir al empleador de cometer antijurídicos laborales. Desde luego, esta mirada asume no solo la existencia de un sindicato, sino su capacidad operativa para incidir positivamente en el comportamiento del empleador que incumple una norma de trabajo, llegando a rectificar esta situación a través de la subsanación.

Bajo esa colaboración, la fiscalización laboral se orienta a la supervisión de ámbitos productivos en donde no existan órganos defensivos. No se trata, pues de una sustracción de competencias, sino de su orientación hacia donde la finalidad de la inspección del trabajo es necesaria para garantizar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los derechos laborales. Por ello, no hay un perjuicio respecto de su misión ni sacrificio del principio de legalidad que rige su actuación. Más adelante citaré un precedente del Tribunal de Fiscalización Laboral que ha intentado dar luces en este particular asunto, estableciéndose un parámetro interpretativo para que los órganos del Sistema de Inspección del Trabajo incorporen esta lógica en su actuación.

Desde luego, otras formas de colaboración son las que predominan en la *praxis*.

Es posible concebir a la inspección del trabajo como un mecanismo garantista de los derechos laborales, tal y como sostuvimos en un trabajo anterior (Boza y Mendoza, 2010, pp. 329-330). En la fórmula antepuesta (0, +), la correspondencia sería la de un actuar neutro para la inspección (que se limita a cumplir las funciones que legalmente le han sido asignadas) y beneficioso para el sindicato, que vería protegidos los derechos colectivos o individuales que le son relevantes. Un enfoque ejemplificador que puede ser traído a colación es el que aplica la colaboración internacional —en este caso, la del gobierno de

los Estados Unidos de Norteamérica, a través de su Departamento de Trabajo— cuando fija como indicador positivo al número de actuaciones de la inspección del trabajo (y judiciales) promovidas por los representantes de los trabajadores del ámbito agroindustrial (USDOL, 2021, p. 15).

Otra posible interacción entre la inspección y los sindicatos que puede ofrecer un saldo negativo es la de la ocurrencia de defectos en la fiscalización que dé lugar a vicios que hagan anulable las actuaciones desarrolladas por la autoridad de trabajo. En las situaciones así descritas (0, –), se debe anotar que no es impropio para la práctica de la inspección del trabajo que se declare la nulidad de los actuados en la supervisión (sea esta oficiosamente deducida o a pedido de parte), por lo que se asigna un significado neutro a este tipo de incidencia. En cambio, para un sindicato necesitado de protección, lejos de darse un supuesto de colaboración, se habrá producido un supuesto en el que la inspección no resultará beneficiada de forma de colaboración alguna, mientras que el sindicato se verá perjudicado o cuando menos no se verá beneficiado por la intervención de la fiscalización laboral.

Pero también es posible deducir situaciones en las que la colaboración es beneficiosa para una sola de las partes (–, +), como lamentablemente ocurre cuando, en el marco de un conflicto con el empleador, la inspección se ve instrumentalizada por el agente sindical a través de denuncias que no serían interpuestas fuera de ese contexto. Tales situaciones tienen al sindicato como un denunciante que promueve una fiscalización contra un empleador ante incumplimientos que, si bien pueden ser ciertos, no representan una situación que esté más allá de las posibilidades que el propio sindicato tiene a mano para defender sus intereses o los de sus representados.

No han sido extraños los casos en los que se el denunciante intenta desistirse, sin éxito al tratarse de una acción oficiosa, razón por la cual SUNAFIL tiene aprobado desde 2019 un criterio interpretativo sobre la materia⁽³⁾. Por otro lado, se ha emitido también un

(3) Nos referimos al criterio número 3 establecido en la Resolución 154-2019-SUNAFIL, por la que aparentemente fue necesario especificar que los desistimientos frente a las denuncias interpuestas ante el Sistema de Inspección del Trabajo no resultaban viables.



lineamiento técnico en 2021, por el que se ha precisado que, en los actos de la fiscalización pueden participar no más de dos representantes de la organización sindical, número que se arregla a las circunstancias de un caso tales como su complejidad, la legitimidad del sindicato para intervenir en el caso, pero solamente en ciertas diligencias. Resulta llamativo que este lineamiento interpretativo invoca a los inspectores a rechazar justificadamente la participación de los representantes o de la propia organización sindical en las diligencias (SUNAFIL, 2021). Se trata, en todo caso, de un lineamiento con un grado de indeterminación alto, lo que favorece la amplitud de discrecionalidad con la que el inspector puede asegurar la adecuada gobernanza de la supervisión en curso, sobre todo ante la incidencia de posibles situaciones irregulares.

Ciertamente no es esta una problemática que se produzca únicamente en nuestro medio. De esta forma, se ha establecido que en ciertos países de la Unión Europea la inspección del trabajo tiende a priorizar las denuncias interpuestas por las organizaciones sindicales (Stefanov et al., 2021, p. 10). Lo que me parece destacable es que se evidencian justificadas preocupaciones por no hacer de la inspección del trabajo un elemento cuya operatividad pueda llegar a verse comprometida por una agenda sindical que, en algún caso, pueda emplearla de forma inadecuada.

Como se observa, no existen en la práctica supuestos que impliquen la inexistencia de interacción significativa entre la organización de trabajadores y el sindicato. Ni siquiera he contemplado la teórica posibilidad de que se produzca una relación competitiva por la que ambos agentes se perjudiquen por la intervención del otro. En el ámbito práctico las relaciones pueden ser principalmente colaborativas o perjudiciales.

5. Seis relaciones de colaboración de tipo positivo $-(0,+)$ o $(+,+)$ entre la inspección del trabajo y el sindicato

Explicadas las formas de interacción existentes, me propongo presentar una serie de posibles formas de colaboración entre la inspección del trabajo y el sindicato. Se trata de seis fórmulas en las que –con arreglo al marco normativo existente en Perú o en el sistema internacional– se realiza, cuando menos, la misión de alguno de estos instrumentos, en favor de la tutela de derechos en el mundo del trabajo. Pretendo exponer estas interacciones de forma conveniente para argumentar su evidencia desde la revisión del estado de desarrollo actual de nuestro sistema de inspección del trabajo (así se explicarán las primeras tres interacciones). Las otras tres, me parece que deberían tenerse en cuenta en la reflexión crítica sobre nuestro Sistema de inspección del trabajo y su capacidad de intervención en las relaciones laborales, conforme con diversas aportaciones del

Derecho comparado, la dogmática y ciertas ideas que he desarrollado desde la evaluación de la casuística de la SUNAFIL.

5.1. Colaboración de la inspección para la garantía de la conformación de un sindicato

En primer lugar –y en un contexto donde los actos antisindicales tienen cierta frecuencia– la actuación de la inspección del trabajo tiene como misión determinar situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de la sindicación en el momento en el que la necesidad de tutela estatal es quizá más sensible: la conformación del sindicato. Como se recuerda, la sindicalización puede ser entendida como una reacción contra el poder de otros sectores de la sociedad –debiendo añadirse al propio Estado, en ocasiones– por lo que un sindicato se gesta como una organización de tipo defensivo o como “contrapeso” (Friedman, 1963, p. 19). En esa medida, la configuración de una organización sindical puede motivar reacciones antijurídicas.

En efecto, un grupo de trabajadores podría verse afectado por represalias desde que se conoce el inicio de un movimiento tendente a la gestación del sindicato hasta que se mantenga pendiente de resolución administrativa el trámite de la obtención de la personería gremial del nuevo ente. Las medidas lesivas del derecho de libertad sindical, en este caso, tendrían por objeto la desintegración del incipiente colectivo y frustrar así las acciones reivindicativas a través de un afianzamiento antijurídico del unilateralismo del empleador.

En tal supuesto, el primer tipo de colaboración entre la inspección y el sindicato procura que se garantice la subsistencia del segundo, a pesar de las medidas que puedan adoptarse contra la configuración de una organización representativa de los trabajadores en un ámbito determinado. De esta forma, la inspección del trabajo adquiere una función que concretiza de forma cierta a la garantía constitucional de la libertad sindical establecida en el artículo 28.2 de la Constitución. De manera particular, extiende esta garantía en la forma de un desincentivo contra actos antisindicales en los que el balance entre el poder privado del empleador y su contrapeso sindical se



encuentra en grave desnivel, por situarse la organización de trabajadores en una etapa germinal, cuyos integrantes podrían –inclusive– estar desprovistos aún de la protección ofrecida por el fuero sindical, que es condicionado a la incoación del trámite ante el registro sindical (y perdura hasta por 3 meses después, conforme con el artículo 31 del TUO de la LRCT).

La preocupación por afirmar la tutela de los derechos de quienes conforman el sindicato encuentra justificación en las dificultades que ciertamente el contexto peruano ofrece para el fenómeno colectivo. En efecto, el mercado laboral da cuenta del uso extensivo de los contratos temporales y muchas unidades empresariales albergan nóminas que difícilmente pueden sumar un número de trabajadores que, en estricto, podría sindicalizarse (como es sabido, conforme con la LRCT se requiere de veinte trabajadores para que pueda existir un sindicato en el nivel de empresa). En consecuencia, el ejercicio de la libertad sindical de constituir organizaciones gremiales resulta asaz compleja y, por ello, parece plenamente justificada su tutela reforzada, ya que el riesgo de una represalia y la desconfianza en la institucionalidad, la falta de experiencia y roce con la práctica gremial y política en torno a la defensa de los derechos colectivos (Wyczkyier, 2012, p. 393).

Como puede esperarse, una medida recurrente del sindicato para proteger sus derechos será acudir a la inspección laboral para buscar que se vigilen y sancionen posibles incumplimientos. La fiscalización administrativa, en este sentido, puede comportarse como un facilitador del nacimiento del sindicato como organización apta para ejercer su papel representativo.

El cuidado reglamentario con el que se ha recogido esta colaboración “garantista” de la inspección del trabajo para la existencia del sindicato se constata al revisar el régimen sancionador correspondiente. Allí cuando la voluntad de un grupo de constituyentes quiere conformar una organización sindical y ello sea frustrado por el empresario, se subsumirá tal comportamiento en el artículo 25.10 del RLGIT (cuando afecte al colectivo aún inorgánico) o al 25.11 (cuando la medida trasgreda los derechos implícitos en el fuero sindical de los trabajadores en sindicatos en formación). Los citados tipos sancionadores expresan semejantes estructuras, con relación a tales situaciones particulares:

Tabla 2

Primer tipo sancionador que plasma la colaboración de la inspección con el sindicato que aún no obtiene personería gremial

Artículo 25.10 del RLGIT.
Premisa mayor: “Es una infracción muy grave la realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores”.
Conector: “(...) tales como aquellos que (...)”
Premisa menor: “Impidan la constitución de sindicatos”.

Como puede apreciarse, la fórmula del tipo genérico que reprime los comportamientos antisindicales es una que adopta una premisa suficiente (ella comprende a los “actos contrarios a la libertad sindical individual o colectiva”) o puede ser tratada como una premisa mayor con relación a un supuesto particular, que aterriza a un nivel mayor de descripción. Este último es el sentido del tipo 25.10 del RLGIT que, para colaborar con la organización sindical que se gesta, busca reprimir los comportamientos dirigidos a interrumpir el nacimiento de la organización de trabajadores, a través del método del incremento de punición, como veremos a continuación.

No es este el único supuesto de colaboración tendente a asegurar que el sindicato logre consolidarse como un cuerpo defensivo de sus intereses y los de sus afiliados. Es útil invocar, en este mismo sentido colaborativo, al artículo 25.11 del RLGIT, que protege específicamente a ciertas manifestaciones de la garantía constitucional de la libertad sindical.

Tabla 3

Segundo tipo sancionador que plasma la colaboración de la inspección con el sindicato que aún no obtiene personería gremial

Artículo 25.11 del RLGIT.
Premisa única: “Es una infracción muy grave la trasgresión a las garantías reconocidas a los trabajadores de sindicatos en formación”.

Siendo muy importantes estos refuerzos legales, poco servirían estas contribuciones si es que la normativa de la Inspección del Trabajo no estableciera fórmulas de escalamiento de la sanción. En efecto, ante la posibilidad de un cálculo económico perverso (por el que el empleador infractor prefiera asumir el pago de una multa administrativa en vez de reconocer la existencia de una organización de trabajadores), el mecanismo de la imposición de una sanción mayor resulta adecuado para disuadir al (mal) empresario que quisiera proceder antijurídicamente contra el naciente sindicato. De esta manera, el artículo 48.1-B del RLGIT dispone un cálculo de sanción, para estos efectos, en donde el número de trabajadores afectados se eleva



ficcionalmente. En vez de sancionarse por el número total de trabajadores afectados conforme a la comprobación efectuada por el inspector actuante, se considerará a todos los trabajadores de la nómina del empleador, conforme con la regla contenida en el inciso i del citado artículo reglamentario.

Esta elevación de la tasa de multa tiene entonces un objeto teóricamente válido que se refleja en el repudio al proceder antijurídico, al cometerse un acto de abuso de la potestad de subordinar o emplear dicho poder de forma desviada. Precisamente, una de las medidas de uso frecuente para realizar este tipo de maniobras es el despido, como evidencian los hechos reportados en medios periodísticos entre nosotros o, también por su repetición en diversos contextos, en la literatura especializada (Wyczykier, 2012, p. 386; Ulloa, 2012, p. 394). Ciertamente, el despido no es la única forma de atentado contra las garantías debidas a los representantes de los trabajadores en este momento de particular vulnerabilidad como es el de gestación de la organización sindical: medidas de hostilidad laboral han sido ensayadas bajo la apariencia de un uso regular del *ius variandi*, pero que en el contexto específico evidencian un impacto adverso que denota la discriminación indirecta contra quienes gestan al movimiento sindical. Por tanto, si bien la organización sindical debe aportar los indicios respectivos para la acreditación de la práctica antisindical, como ocurre ante diversidad de canales jurídicos ante los que esta situación puede exponerse (Vilchez, 2017, p. 85), en la inspección del trabajo esta carga probatoria corresponde a la fiscalización laboral, aunque ella opera aliviada por el deber de colaboración de las partes denunciante y denunciada. Así, el inspector actuante podría establecer un razonamiento inferencial a partir de la prueba acopiada y razonada en la inspección desarrollada.

El escalamiento de la sanción a través del incremento ficcional del número de afectados puede tener consecuencias totalmente diversas y podemos corroborar esto en el relieve de las asociaciones sindicales de nuestro medio. En estructuras empresariales con nóminas limitadas –por ejemplo, ciertos clubes campestres que cuentan con sindicatos conformados dentro de nóminas que apenas superan al centenar de empleados– el umbral de sanción no se incrementaría significativamente (y, por ende, no se llegaría a una tasa demasiado elevada por lo que la sola técnica de incremento usada reglamentariamente es crítica). En cambio, en los espacios que congregan masivamente a trabajadores –por ejemplo, en las actividades industriales donde un elevado número de personas en varios centros de trabajo laboran para el mismo empleador– el cálculo de la multa considerando al número total de personal en planilla tiene sentido como método de desincentivo.

Podría ponerse en tela de juicio el que la colaboración de la inspección del trabajo con consecuencias severamente agravadas únicamente atienda a la situación de la constitución y no así a la desarticulación de un sindicato ya existente.

Tales comportamientos podrían encerrar supuestos igualmente reprochables por su finalidad antijurídica (que no impiden la existencia como sí frustran la subsistencia del sindicato). Sin embargo, la opción reglamentaria por solamente escalar la punición en los supuestos detallados aquí parece consistente con la formulación de un Derecho Administrativo Sancionador que, en clave subsidiaria, permitiría al sindicato ejercer acciones defensivas directas contra el empleador en procura de sus intereses y además plantear reclamaciones ante autoridades judiciales y administrativas (y, dentro de éstas últimas, ciertamente poder ejercer otras formas de colaboración con la inspección del trabajo).

Comportamientos como la desarticulación de sindicatos pueden ser reprimidos a través de otras fórmulas sancionadoras, que exponemos a continuación.

5.2. Colaboración de la inspección para defensa de derechos colectivos e individuales concernientes a un sindicato existente

En segundo lugar, la inspección del trabajo y la organización sindical pueden confluir en la realización de medidas protectoras en favor del sindicato existente o de quienes son representados por este.

Esta colaboración, que también desarrolla el mandato constitucional de garantía de la libertad sindical, se extiende sobre todos los comportamientos típicos que afectan a la libertad sindical individual y colectiva. Permite satisfacer la efectividad de las normas de trabajo que permiten al sindicato ejecutar su plan de acción. Es más, sus efectos no se limitan a la legislación del trabajo si no que se extienden –como veremos en el siguiente punto– a los derechos colectivos e individuales establecidos por los convenios colectivos. En adición, cabe subrayarse que la actuación de la inspección del trabajo suele aplicar los principios que el Comité de Libertad Sindical ha definido a partir de convenios, recomendaciones y resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo (Odero & Guido, 1995, p. 6).

Desde un punto de vista general, la relación existente entre la caída de las tasas



de sindicación y el debilitamiento de la capacidad fiscalizadora de la Autoridad de Trabajo encuentran condicionantes normativos en la reforma laboral de los años noventa del siglo pasado (Cuadros & Sánchez, 2008, p. 511). De forma concurrente, observamos que se ha estudiado a la baja de la sindicación como un factor de debilitamiento de la inspección del trabajo (Bensusán, 2009, p. 991). En todo caso, estas menguadas capacidades han generado efectos palpables en las relaciones laborales peruanas: el hecho de que exista un sindicato disponible al cual afiliarse o el que existan condiciones suficientes para gestar una nueva organización sindical puede calificarse como estadísticamente infrecuente: no solo resulta problemático que sean pocos los trabajadores sindicalizados, sino que quienes no lo son pueden encontrarse bajo el riesgo de una mayor precariedad. En esa medida, la colaboración de la inspección con los sindicatos, a través de la vigilancia del cumplimiento de las normas laborales, resulta indispensable para evitar que comportamientos antisindicales se ejecuten contra las organizaciones existentes, manteniéndose un nivel de ciudadanía laboral en las relaciones laborales asalariadas bajo el ámbito de influencia de las organizaciones sindicales.

Es necesario reconocer, junto con la doctrina, que la sola existencia del sindicato no satisface ningún valor jurídico si, junto con ello, no se protege la capacidad de la organización de emprender las actividades concordes con su plan de acción (Ojeda, 2003, p. 151). Por esto, hay que admitir que el sindicato puede ser un usuario importante del sistema de inspección del trabajo en Perú (Boza & Mendoza, 2017, pp. 169-170; Toyama, 2015, p. 542; Ulloa, 2015, p. 566). Como se ve, esto ha sido un lugar común en los escritos que han abordado la relación entre sindicalismo e inspección del trabajo dentro de nuestro medio, lo que denota la fuerte problemática que significa el uso de medios desviados del poder privado para afianzar el unilateralismo.

Igualmente, el fuero de protección de los representantes de los trabajadores se complementa con la actuación de la inspección del trabajo, que determina hechos configuradores de atentados contra los derechos de quienes ejercen la representación de los trabajadores (supuestos generales previstos en el artículo 25.11 del RLGIT). Tal y como reza el artículo I del Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (número 135), quienes ejercen tal función “deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical [...]”. Aunque no se trate de un instrumento ratificado por Perú, podemos deducir el papel inspirador que este lineamiento tiene en relación a la interpretación de los tipos sancionadores pertinentes.

Así, cabe recordar que, en nuestro sistema legal, el artículo 25.10 del RLGIT se comporta como un tipo genérico

de protección de la libertad sindical, cuyo régimen sancionador adopta la técnica del incremento de punición a través del cálculo basado en un ficcional número de trabajadores afectados (esto, con arreglo al inciso ii) del artículo 48.1-B del RLGIT).

Tabla 4
Tercer tipo sancionador que plasma la colaboración de la inspección con el sindicato (cláusula general)

Artículo 25.10 RLGIT.	
Premisa principal:	“Es una infracción muy grave la realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores”.
Conector:	“(…) tales como aquellos que (...)”
Premisa ejemplificativa:	“impiden la libre afiliación a una organización sindical, promuevan la desafiliación de la misma, obstaculicen a la representación sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos.”.

La negociación colectiva, en cambio, ha merecido un régimen peculiar por las dificultades para establecer correlaciones entre los objetos protegidos y las sanciones establecidas.

Como se aprecia, el artículo 25.10 del RLGIT contempla como “infracción muy grave” al uso fraudulento de contratos temporales para afectar a la negociación colectiva (como a la libertad sindical y a la huelga). Sin embargo, los actos contrarios al derecho y pretensión constitucional de negociación colectiva o bien se encuentran desregulados (excluyéndose su punición) o bien, no se encuentran incluidos en esta misma escala, como se comprueba en el tipo expresado en el artículo 25.9 del RLGIT, que reprime como “infracción grave” al acto de mala fe consistente en no entregar la información económica, financiera y contable de la compañía.

Tal y como se observa en las Tablas número 4, 5 y 6, la interpretación sistemática del



reglamento hace suponer que únicamente tres incumplimientos vinculados a la negociación colectiva tienen como efecto una sanción administrativa: (i) el uso fraudulento de contratos temporales para afectar la negociación colectiva –un supuesto poco práctico pues implicaría una detección del uso perverso de un tipo de contrato para hacer frente a las tratativas–; (ii) atentado contra el fuero sindical correspondiente a los integrantes de la comisión negociadora del sindicato; y (iii) la obstrucción al proceso de la negociación colectiva mediante la negativa de entrega de información económica. Este último supuesto es el único que admite un escalamiento de sanción (conforme a lo dispuesto en el inciso iii del artículo 48.1-B: se considera como “trabajadores afectados” a todas las personas comprendidas en la negociación colectiva).

Muy a pesar de la relevancia de la autonomía regulatoria en el dinamismo de los derechos de la libertad sindical, el reglamento de sanciones ofrece un elenco de tipos sancionadores que, cuando menos, presenta aparentes inconsistencias, si examinamos la lógica interna de la correlación entre bien tutelado y desincentivos normados. En otro espacio hemos expresado la aparente inconsistencia de esta opción reglamentaria (Boza & Mendoza, 2017, pp. 166-167).

Tabla 5

Cuarto tipo sancionador que plasma la colaboración de la inspección con el sindicato (en este caso, en el contexto de la negociación colectiva)

Artículo 24.9 RLGIT.
Premisa única: “Es una infracción grave el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la entrega a los representantes de los trabajadores de información sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, durante el procedimiento de negociación colectiva”.

Tabla 6

Quinto tipo sancionador que plasma la colaboración de la inspección con el sindicato (con relación al fuero sindical a favor de miembros de comisiones negociadoras)

Artículo 25.11 RLGIT.
Premisa única: “Es una infracción muy grave la trasgresión a las garantías reconocidas a los miembros de comisiones negociadoras.

Parece indispensable acudir a parámetros interpretativos extrínsecos a la mera sanción. Por esta vía, las fórmulas normativas revisadas podrían sugerir que un sindicato que ve frustrada la pretensión constitucional de negociar colectivamente por comportamientos de su contraparte empleadora tendría que evaluar si la mayor efectividad en la tutela de los derechos que le asisten corresponde ser desarrollada por vía de la denuncia ante la inspección del trabajo o si medios de acción defensivos desde la propia autonomía

colectiva (la autotutela) son preferibles. No es que se trate de medios alternativos, pero esta elección puede arrastrar consecuencias en la gestión del conflicto para el propio sindicato y para la capacidad de la inspección del trabajo de orientarse a otro tipo de causas. Tendremos ocasión de volver a estas ideas más adelante.

De cualquier modo, el régimen sancionador disímil no parece haber impedido el uso de la fiscalización laboral como mecanismo garantista en favor de la iniciativa de los sindicatos peruanos de emprender tratativas con los empleadores. Así, encontramos que se ha juzgado positivamente a las relaciones entre la inspección y la negociación colectiva al anotarse que: “*The possibility of workers complaining before SUNAFIL and allowing the latter to gain access to employers’ financial information remained a relevant incentive for employers to solve labor disputes through social dialogue*” [La posibilidad de que los trabajadores se quejen ante SUNAFIL y permitir que estos últimos tuvieran acceso a la información financiera de los empleadores siguió siendo una cuestión relevante incentivo para que los empleadores resuelvan los conflictos laborales a través del diálogo social (traducción propia)] (USDOL, 2021, p. 15).

Hay un punto adicional que explorar en relación con el régimen de punición por infracciones contra la negociación colectiva. Creemos que esta regulación requiere ser situada en el contexto de los equilibrios inherentes a la opción sindical por acudir a la huelga como mecanismo de solución de tutela de sus intereses. Si intentamos dar sentido al porqué la punición de incumplimientos a los derechos de libertad sindical en sentido estricto y huelga es mayor que la que la normativa ofrece frente a infracciones contra la negociación colectiva, se tendría que acudir al interés público de proteger al sindicato que, optando por ensayar medios de acción defensivos desde su ámbito de influencia, se ve mellado por la práctica de actos antisindicales en su modalidad “contrahuelguística”.

Por otro lado, con relación a la huelga, los incumplimientos han sido recogidos como infracciones “muy graves”: de ello se ocupa



el artículo 25.9 del RLGIT, que reconoce al derecho de huelga como bien jurídico protegido y ejemplifica algunas de sus manifestaciones típicas. El más significativo de ellos ha sido el esquirolaje: sin duda una práctica antigua pero persistente, que ha adoptado mutaciones al compás del cambio del mundo del trabajo. La norma reglamentaria reconoce solamente algunas de sus manifestaciones, debiendo subsumirse otras a través de la premisa principal de la fórmula normativa.

Tabla 7
Sexto tipo sancionador que plasma la colaboración de la inspección con el sindicato para garantizar el ejercicio del derecho constitucional de huelga

Artículo 25.9 RLGIT.	
Premisa principal:	"Es una infracción muy grave la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga"
Conector:	"(...) como (...)"
Premisas ejemplificativas:	"la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y sub-contratación de obras o servicios". "el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo".

No puede dejarse de lado que el modelo de huelga existente no promueve al conflicto. Esta evidencia permite formular una hipótesis a favor del emprendimiento de denuncias ante la inspección del trabajo en vez de la adopción de mecanismos huelguísticos, lo que cobra todavía mayor sentido ante la práctica administrativa desfavorable al reconocimiento de efectos legales de este derecho constitucional. Así, el desincentivo de las sanciones administrativas buscaría reforzar en el empleador la convicción del preferible cumplimiento de las normas laborales, comprendiendo a las que regulan sus tratativas con el sindicato (en lo que refiere a la huelga por motivos económicos) y las normas de trabajo, en general (para comprender en este análisis también a los conflictos jurídicos).

A propósito de la huelga, algunas vicisitudes deben ser puestas en relieve. Como es bien sabido, la Administración del Trabajo interviene en su materialización, al reconocérsele como objeto de interés público, en función de la posibilidad de exteriorización del conflicto. Por esa razón –y no sin polémica de cara a la garantía de imparcialidad– existen en nuestro medio controles administrativos *ex ante* remotos (tales como la designación de puestos indispensables y el procedimiento de divergencia; controles *ex ante* inmediatos (el procedimiento de autorización de la huelga, tramitada por la organización de trabajadores interesada); y los controles *ex post* con relación al comportamiento del empleador ante la huelga (nos referimos aquí a las inspecciones laborales que pueden encausar

procedimientos sancionadores por afectar el derecho constitucional de huelga).

En primer término, cuando el empleador señala la existencia de ciertos puestos indispensables en los que ciertos trabajadores deberán permanecer ejecutando el contrato de trabajo a pesar de la ocurrencia de una huelga, se activa una competencia administrativa sectorial que puede encontrarse en el nivel nacional o descentralizado, dependiendo del ámbito que tenga el conflicto. En cualquiera de esas dimensiones, el procedimiento puede ser entendido como un trámite por el que la Administración resuelve –motivadamente– un acto administrativo que establece ciertos límites a una eventual huelga que se produzca dentro del ejercicio anual, tras la petición técnicamente sustentada de un administrado-empleador. Tales restricciones suponen obligaciones de la organización sindical y de los afiliados que pudieran ejercer las medidas de fuerza, tratándose de obligaciones determinadas (ámbito objetivo, referido a los puestos que serán necesarios que mantengan operaciones a pesar de la medida de fuerza) y determinables (ámbito subjetivo, referido a las personas que se verán impedidas de acatar la huelga).

Como puede entenderse, en tanto que la Administración no emita un acto administrativo definitivo, que cause estado entre las partes materialmente involucradas, no podría establecerse un criterio categórico con relación a la siguiente situación: un grupo de huelguistas acata la paralización, pero resulta que ellos estaban incluidos en el procedimiento de divergencia inconcluso a la fecha de la ejecución de la medida de fuerza.

Semejantes hechos ocurrieron en un caso resuelto por el Tribunal de Fiscalización Laboral (2024*b*, p. 10), en el que se analizó la sanción impuesta por un empleador respecto de quienes acataron la huelga pese a que sus puestos habían sido considerados como "actividades indispensables". En el caso, la instancia de revisión de la SUNAFIL determinó que las medidas disciplinarias podrían suponer un estado de validez relativa que permite deducir del informe técnico presentado por el empleador una presunción de validez aparejada al principio



de presunción de licitud (con el que la inspección del trabajo debe examinar los hechos presuntamente antijurídicos).

En lo que respecta a la inspección del trabajo, el estado pendiente de una resolución administrativa podría sugerir una relativa indeterminación sobre la calificación jurídica que la autoridad emitirá sobre el particular. Esto debido a que la autoridad competente para calificar los hechos aún no ha tenido ocasión de pronunciarse en forma definitiva. Esta perspectiva se basa, además, en la necesidad de preservar a la seguridad jurídica en un ámbito que puede encontrar simultáneas intervenciones estatales, como son las relaciones colectivas de trabajo.

En la actividad resolutoria de la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral se ha producido una viva discusión en relación con el esquirolaje. Conforme con cierta lectura del tipo previsto en el artículo 25.9 del RLGIT, diversos administrados han esgrimido el argumento de que no se ha regulado expresamente al llamado esquirolaje interno, invocándose al subprincipio de taxatividad como estándar para sostenerse que no cabría sanción contra la práctica antihuelguística consistente en movilizar a personal existente en la nómina a los puestos desocupados por quienes adoptan la medida de fuerza.

Esta es una posición que hace eco de la tesis defendida por autores que sostienen que el artículo 25.9 del RLGIT “no ha incorporado como parte del supuesto de infracción –expresamente al menos– el hecho de reorganizar las labores de los trabajadores que no acataron la huelga para cubrir los puestos de quienes sí lo hicieron” (Toyama, 2015, p. 557). Así, bajo cierta lectura del principio de tipicidad, la mayoría de la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral ha argumentado que, en particular, el tipo contenido en el artículo 25.9 del RLGIT –entre otros tipos sancionadores– recae dentro de las “cláusulas generales o indeterminadas de infracción” y que “la legislación no menciona, siquiera, al concepto de esquirolaje” (Tribunal de Fiscalización Laboral, 2022b, pp. 12-13).

La colaboración entre la inspección del trabajo con el sindicato que ejecuta la huelga da sentido a la interdependencia de los derechos colectivos laborales (Boza, 2011, p. 68), reconociéndose y garantizándose cierto contenido del derecho de huelga ante la práctica de medidas contra huelguísticas. En este escenario, reconocer el contenido jurídico de la premisa principal del tipo sancionador resulta indispensable para evitar el error de calificar como impreciso a su contenido. En todo caso, la propia instancia de revisión rectificó –con la variación de la conformación de sus vocales de por medio– su entendimiento sobre el llamado “esquirolaje interno”, calificando al acto como un “ejercicio desviado del poder de dirección” y que dicho comportamiento resulta plenamente subsumible en el artículo 25.9 del RLGIT (Tribunal de Fiscalización Laboral, 2022b, pp. 9-11).

Es importante determinar que, en virtud de la interdependencia de los derechos fundamentales que componen a la autonomía colectiva, se entiende que la huelga adquiere cierto nivel de garantía. Si bien este nivel de reconocimiento no es referido en el artículo 28 de la Constitución (cuyo inciso 3 apenas alude a la regulación del fenómeno, a diferencia de la garantía de la libertad sindical en sentido estricto referida en el inciso 1), cierto atributo de la autotutela puede relacionarse directamente con la garantía de la libertad sindical. Propiamente, la huelga puede ser una expresión conflictiva que aspira a cumplir el rol garantista con inmediatez ante incumplimientos de normas de trabajo, por lo que las medidas contra huelguísticas podrían entenderse como reacciones contrarias a la garantía de la libertad sindical. En esa medida, la intervención de la inspección del trabajo da sentido a la realización de este derecho.

5.3. Colaboración en la afirmación del objeto de cada agente: hacia una relación de mutualismo

En tercer lugar, una relación de mutuo interés puede ser determinada desde el hecho significativo de que la labor de los sindicatos y la de la inspección del trabajo puede aspirar a garantizar que la vigilancia de las condiciones de trabajo sea compartida de forma racionalizada. Esta forma de colaboración encontraría desarrollo de verificarse, en primer lugar, que los sindicatos representan de forma eficaz los intereses de los grupos cohesionados a través de su organización. En segundo lugar, se debe comprobar que, si bien la inspección del trabajo tiene teóricamente asignada la misión de garantizar el cumplimiento de los derechos laborales de la totalidad de trabajadores, el que satisfaga ese rol con eficiencia es un asunto asaz difícil. Como recuerda Bensusán, en ningún país del mundo la inspección del trabajo tiene la cobertura necesaria para fiscalizar a la totalidad de las empresas, razón por la que se requiere de una combinación de mecanismos de fiscalización de origen público y privado (2009, p. 1034).

No abogamos aquí por una privatización de la inspección del trabajo, ni total ni genérica, como se ha llegado a defender



en algún caso (Varillas, 2004, pp. 103-104). Por el contrario, la configuración de relaciones colaborativas entre auditorías privadas que nutran a la fiscalización administrativa parece necesaria en el estado actual de relaciones laborales que atraviesan las barreras competenciales de los ordenamientos domésticos.

El sindicato es, en esa medida, un vigilante apto para emprender este tipo de acciones de control en el seno de la empresa. Esto resultaría inusual salvo el muy importante resultado observado en la interacción entre los agentes sociales en las relaciones de comercio internacional. En la preocupación de establecer una debida diligencia para afirmar una conducta empresarial responsable, hoy se reconoce a las auditorías participativas como un estándar por el que llega a ser apreciable que las organizaciones de trabajadores pueden involucrarse decididamente en el control de cumplimiento de estándares laborales dentro de la cadena de valor de empresas transnacionales que tienen impacto en el ámbito laboral de un ordenamiento doméstico.

Es importante subrayar que las inspecciones “de parte”, sufragadas por el presupuesto de la empresa examinada, no son necesariamente un contribuyente adecuado para la determinación de situaciones de incumplimiento. Por ejemplo, en la debida diligencia en materia de derechos humanos laborales, se viene insistiendo que el desarrollo de auditorías debe dar adecuada cabida a la perspectiva de los representantes sindicales. Así, un estudio aplicado a la situación de la industria textil de la moda y del calzado sugiere que, si bien han existido avances en relación con el número de auditorías emprendidas en dicho sector sobre materias como “libertad de trabajo”, solamente el 15% de las auditorías emprendidas han incluido a los trabajadores en tales procesos de *due diligence* (KnowTheChain, 2022, p. 9).

Es preciso admitir que, en el caso de Perú, nos encontramos en un espacio todavía incipiente sobre esta materia. De hecho, en el contexto mundial se ha observado que una de las actividades en las que estas innovadoras propuestas se han desarrollado –como es el caso la industria textil de la moda– estas auditorías suplen la acción fiscalizadora en el ámbito transnacional o aquella basada en un país que no logra supervisar adecuadamente a los agentes de la contratación internacional. No parece que estemos ante un mecanismo que pueda optimizar una colaboración con los enfoques punitivos estatales si no es que se introduce a la actividad sindical como garante de la seriedad de estas supervisiones. Esto, en sí mismo, resulta problemático pues en el ámbito transnacional estas iniciativas dependen de una dosis de voluntariedad de las empresas involucradas en las cadenas de producción transnacional de certificar su cumplimiento de normas de trabajo.

Una posible línea de racionalización de la actuación de la inspección del trabajo podría pasar por la regulación

de incentivos adecuados para auditorías que incluyan una adecuada participación de sindicatos libres. Como se ha anotado, contemporáneamente las auditorías sociolaborales pueden atravesar diversas dificultades y hasta resistencias; pero es cierto que a su favor también se advierten puntos de convergencia entre los grupos de interés que participan en la realidad laboral de la empresa (Calvo et al., 2017, pp. 255-256).

Así, de determinarse fehacientemente que en una compañía se practican auditorías significativamente bipartitas, reglas especiales de atenuación de la supervisión estatal y del régimen sancionador resultarían plausibles. En tales casos, la inspección del trabajo tendría que mantener su rol supervisor respecto de posibles situaciones de deterioro de las condiciones existentes o las no necesariamente impensables situaciones de fraude (como puede ser la manida práctica de ciertos empleadores de acudir a un sindicato que no cumpla con el rol defensivo y, por el contrario, se preste a validar situaciones injustas). Además, el propio servicio de inspección podría tener a cargo la comprobación de las condiciones anotadas y, cuando se pierda la calidad participativa de las auditorías producidas en el seno de la empresa, se tendrían que activar fiscalizaciones y hasta sanciones agravadas.

Lo expresado permite formular que la fiscalización laboral no es intercambiable por cualquier fórmula de auditoría privada: antes bien, la participación de los trabajadores –mejor aún: libremente sindicalizados– ofrece una garantía evidente sobre la veracidad de la actividad de control.

En sede nacional, la actuación combinada entre sindicatos e inspección del trabajo puede realizarse a propósito de la colaboración debería ser objeto de políticas públicas de trabajo orientadas a ensanchar la base de trabajadores que puedan acceder a mecanismos de comprobación de su situación laboral. Ante esto, cabe preguntarse qué tipo de lineamientos deberían establecerse –y por parte de quién– a efectos de darle un sentido racionalizado a esto que, insistimos,



no debe ser leído como un “retroceso simple” de la inspección del trabajo.

Aquí pueden invocarse las conclusiones arribadas a través de talleres de trabajo especializados sobre trabajo informal en la Unión Europea, donde se ha concluido que la colaboración eficaz de la inspección del trabajo con los actores sociales depende de un marco adecuado para el diálogo social, impulso del marco normativo-institucional y real capacidad (Stefanov, 2021, p. 4). Es claro que iniciativas semejantes siguen una corriente de pensamiento en la que se propuso que el rol relevante de los sindicatos como agentes de aplicación de las normas laborales se introduzca en las reformas laborales (Weil, 2008, p. 361).

A falta de concertación laboral mínima sobre estas cuestiones, la pragmática en el Perú podría tener una orientación diferente. En un criterio elevado al rango de precedente de observancia obligatoria, el Tribunal de Fiscalización Laboral sentó como criterio que la intervención defensiva del sindicato que logró que un empleador infractor rectifique un comportamiento calificado como “infracción” sea considerado como un supuesto en el que la inspección del trabajo podría replegar sus actuaciones. Así, en la motivación aplicada al caso se sostuvo que “(...) la organización sindical ha sido apta para vigilar por el cumplimiento empresarial de las normas laborales (...)” y que “el comportamiento inmediato de rectificación, si bien no espontáneamente voluntario, ha sido efectuado bajo la alerta efectuada por el sindicato” (Tribunal de Fiscalización Laboral, 2024a, p. 9).

A partir de este criterio, elevado a rango de precedente vinculante, los inspectores de trabajo de la SUNAFIL deberán efectuar un juicio de oportunidad en relación con el despliegue de las actividades fiscalizadoras en un número de situaciones en las que la intervención sindical logre que el empleador rectifique su proceder. De extenderse esto, varios impactos positivos avizorables pueden fomentarse: desde el ángulo de la sindicación (un hipotético mejor reconocimiento de su intervención, por parte del empresario) y, desde luego, desde la perspectiva de la inspección del trabajo, que podrá orientar sus esfuerzos a la fiscalización de otros incumplimientos –virtualmente desatendidos– y, como no, prestar auxilio a la organización de trabajadores ante la comisión de actos antisindicales. Esto reposa en un postulado que el profesor Palomeque formuló en el contexto de la transición democrática española tras la culminación del franquismo y que nos parece plenamente aplicable a nuestro entorno:

Del intervencionismo a ultranza se deberá pasar ahora a la definición del marco legal del sistema de relaciones industriales, a su alimentación normativa mínima y, en todo caso, a la fiscalización del cumplimiento de las reglas de juego (...).

Esta reclasificación de funciones en la materia afectará de modo sustancial al cuadro de competencias tradicionales de

la Inspección del Trabajo (...) [que] pasará probablemente por un ejercicio selectivo de competencias y funciones con el abandono consiguiente de misiones subalternas y el reforzamiento de la dimensión técnica de la actuación (asesoramiento, mediación, información, etc.)” ([1978], 2004, p. 381).

5.4. Colaboración de la inspección y el sindicato para la supervisión del cumplimiento de las normas de trabajo provenientes de la autonomía colectiva

En cuarto lugar, a través de la autonomía regulatoria, los sujetos colectivos pueden crear nuevas fuentes de Derecho Laboral a través de los convenios colectivos de trabajo. Conforme con la declaración del artículo 31 de la LGIT, el ámbito de actuación de la inspección del trabajo se ensanchará. A esta forma de actuación se le puede concebir como una forma de colaboración unidireccional: producida la normativa que es objeto de supervisión, la inspección contribuye a afianzar el cumplimiento de lo pactado, cuestión que revalida la fuerza vinculante que tienen los convenios colectivos de trabajo. De esto se deriva que los sindicatos se comporten como colaboradores frecuentes de la inspección en forma de denunciantes que impulsan la supervisión estatal para determinar situaciones de incumplimiento de convenios colectivos.

La cuestión puede ser planteada con relativa sencillez: el inciso 1 del artículo 3 de la LGIT reconoce al convenio colectivo de trabajo como acto jurídico relevante para la inspección del trabajo, al punto de situarlo dentro del ámbito objetivo de fuentes que generan obligaciones laborales cuyo cumplimiento es supervisado por la inspección del trabajo. Cláusulas normativas y obligacionales son, entonces, objeto del control estatal ejercido a través de fiscalizadores que inquieran por su cumplimiento.

En la práctica del Sistema de Inspección del Trabajo, diversos tipos sancionadores son invocados en estas intervenciones. En particular, el artículo 24.4 del RLGIT, que reprime los incumplimientos que consisten en la inejecución de obligaciones de pago a cargo del empleador, incluyendo a los que encuentran fuente en convenios colectivos de trabajo y en laudos arbitrales.



Tabla 8
Octavo tipo sancionador que plasma la colaboración de la inspección con el sindicato para supervisar el cumplimiento de las cláusulas de un convenio colectivo de trabajo

Artículo 24.4 RLGIT.	
Primera premisa:	“Es una infracción grave no pagar u otorgar íntegra y oportunamente las remuneraciones y los beneficios laborales a los que tienen derecho los trabajadores por todo concepto, incluidos los establecidos por convenios colectivos, laudos arbitrales, así como la reducción de los mismos en fraude a la ley”.
Segunda premisa:	“Es una infracción grave la reducción de la remuneración y los beneficios laborales en fraude a la ley”.

Una vez determinados estos incumplimientos salariales, los inspectores de trabajo pueden emitir medidas de requerimiento. Estas exhortaciones son discrecionalmente dictadas por los inspectores para procurar que el empleador pueda enmendar su conducta ante infracciones que –conforme con los lineamientos establecidos por la SUNAFIL– se entienden subsanables (punto 7.15.8 de la Directiva 1-2020-SUNAFIL/INII - Directiva sobre el ejercicio de la función inspectiva, aprobada por la Resolución de Superintendencia 216-2021-SUNAFIL).

Para el profesor Arce, el requerimiento es una “segunda oportunidad” por la que el empleador podría evitar ser sancionado, aunque se admite la posibilidad de que el inspector, discrecionalmente, emita la medida de requerimiento (2020, p. 102). Las medidas de requerimiento han sido objeto de una nutrida pragmática en el Sistema de Inspección del Trabajo, siendo empleadas también para promover el cumplimiento de los convenios colectivos de trabajo.

A continuación, reproducimos el tipo sancionador referido a la medida de requerimiento que adopta la inspección del trabajo. Esta medida se usa discrecionalmente por parte de los inspectores, abarcando cualquier tipo de infracción donde el comportamiento del empleador pueda llegar a subsanar la falta cometida.

Tabla 9
Noveno tipo sancionador que plasma la colaboración de la inspección con el sindicato para hacer cumplir los mandatos de la inspección del trabajo con relación a los hallazgos detectados en la supervisión

Artículo 46.7 RLGIT.	
Premisa única:	“Es una infracción muy grave el no cumplir oportunamente con el requerimiento de la adopción de medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden sociolaboral (...)”.

El Tribunal de Fiscalización Laboral ha tenido ocasión de examinar expedientes sancionadores originados en inspecciones donde este tipo de exhortaciones han sido efectuadas sin practicarse una adecuada subsunción en la cláusula convencional en concreto. De esa forma, el citado colegiado administrativo ha establecido que los requerimientos de pago de beneficios sindicales requieren previamente de la evaluación de las condiciones específicas para tales desembolsos. Así, pues, la inspección del trabajo debe determinar si los trabajadores reputados como “afectados” efectivamente son elegibles para ciertos pagos, por encontrarse dentro del supuesto de hecho establecido en la cláusula colectiva en específico –por ejemplo, para echarse de menos el pago de un bono por “*escolaridad*”, debería mínimamente establecerse que los trabajadores acreedores de tal concepto tengan hijos en la edad correspondiente– (Tribunal de Fiscalización Laboral, 2021, p. 8).

5.5. Colaboración de la organización sindical con la misión de la inspección del trabajo, a través de la ampliación de su ámbito subjetivo hacia trabajadores en situación de vulnerabilidad

En quinto lugar, quiero subrayar el caso de aquellas organizaciones de trabajadores que cumplen con un rol solidario con relación a trabajadores en situación precaria. Al denunciar prácticas abusivas de contratación laboral y atentados contra los derechos fundamentales laborales, pueden contribuir eficazmente a la ampliación del ámbito subjetivo de alcance de la inspección del trabajo allí donde, de otro modo, la supervisión estatal difícilmente podría llegar a efectuar alguna verificación.

En efecto, la contribución de los sindicatos –entre otras formas de organizaciones de la sociedad civil con incidencia dentro del mundo del trabajo– puede llevar a que personas que de facto se encuentren bajo severas restricciones para ejercer sus derechos a la sindicación o el acceso a mecanismos de garantía de derechos laborales como la inspección del trabajo o la jurisdicción laboral puedan acceder a alguna institucionalidad tutelar (la misma que, dicho sea de paso, no se debería agotar en la intervención de



la inspección del trabajo, sino que debe añadirse a servicios públicos y privados orientados al bienestar).⁽⁴⁾

Tomaremos como ejemplo al trabajo forzoso para evidenciar las altas expectativas que ya se han depositado en la colaboración sindical con la inspección del trabajo. Está comprobado en Perú que la llamada “esclavitud del siglo XXI” afecta principalmente a personas en posición vulnerable, que se ven reclutadas en sectores económicos tales como la minería ilegal del oro, la tala ilegal de la madera y el servicio doméstico (MTPE, 2019). La participación de los sindicatos ha sido valiosa en la determinación de los diagnósticos basales para la ubicación geográfica de esta problemática y la planificación (MTPE, 2019, p. 33). En el pasado, un objetivo estratégico del Plan aplicable a la lucha contra el trabajo forzoso –entre 2013 y 2022– enfáticamente refería a la indispensable articulación de actuaciones preventivas, de detección, rehabilitación de víctimas y eliminación de esta forma de explotación a través del concurso de actores públicos y privados, contándose entre ellos a las organizaciones sindicales y a los empleadores (MTPE, 2013, p. 24).

En cualquier ámbito en el que se produzcan, deben dilucidarse bien las condiciones de este tipo de colaboración, lo que me parece indispensable para que su operatividad pueda aspirar a ofrecer mejores perspectivas tutelares. Un sindicato que defiende los derechos de sus representados o los de la propia organización es una organización que puede lograr que incumplimientos de normas laborales sean corregidos a través de su intervención. No es infrecuente que los sindicatos actúen así en nuestro medio, por lo que podríamos señalar, de forma hipotética, que el porcentaje minoritario de trabajadores en Perú que se encuentran afiliados a sindicatos se encuentran en una relativa mejor posición para ejercer la defensa de sus derechos e intereses tutelables (sin que se deje de lado que ellos mismos pueden verse asediados por comportamientos empresariales antisindicales). En todo caso, la perspectiva de goce efectivo de sus derechos en el trabajo encuentra medios de realización defensivos que no tienen quienes no se encuentran afiliados a ninguna organización sindical. Entre los segundos, podemos concebir un amplio marco de variables: existirán quienes ejercen libertad sindical negativa, quienes queriendo afiliarse temen a las represalias por razón de su actividad sindical, quienes desconocen a la acción sindical, e incluso quienes ni siquiera ejerzan la libertad de trabajo, derecho basal para el ejercicio de los otros derechos laborales, incluyendo la libre sindicación.

Con esto quiero subrayar que podrá haber un conjunto de personas que no necesiten de la tutela sindical –incluso habrá quienes tengan aversión a la figura del sindicato– y otras que, de hecho, pueden necesitar de la actuación protectora del sindicato. No obstante, no sobre todas ellas la posibilidad de ejercer el derecho de libre sindicación positivo se extiende con las mismas posibilidades reales. Quien hoy no desea afiliarse a un sindicato pudiera desearlo mañana, si por ejemplo juzga convenientes las conquistas sindicales dentro del ámbito de su interés. En cambio, quien no encuentra acceso a sindicatos, pudiendo ellos ejercer cierta función defensora de sus derechos (incluso más allá de la condicionalidad del hecho de estar afiliado a la organización), se encontrará en una peor situación para obtener tutelas efectivas frente a las violaciones de sus derechos en el trabajo.

Esta función no se agota exclusivamente en el papel de denunciante que puede adoptar el sindicato, pues en realidad esto puede extenderse a una contribución que, a priori, puede aspirar a lograr efectos más sostenibles. A criterio de Albracht, la colaboración de los sindicatos con la inspección forma parte de un “sistema integrado de inspección del trabajo”, por el que se pueden abordar más eficazmente problemas tales como el de los trabajadores migrantes, bajo discriminación, en situación de trabajo forzoso y muchos otros ejemplos en los que la mejora de la coordinación resulta indispensable (2005, p. 73).

Así, la procura de condiciones equitativas en la contratación laboral es defendida por las organizaciones sindicales más allá del universo de sus propios afiliados o incluso el ámbito de su actuación inmediata. Inclusive, fases más desarrolladas de este tipo de colaboración puede llevar a reconocer en el sindicato a un actor protagónico dentro de la intervención pública-privada a favor

(4) Esta lógica sinérgica es la que adoptan diversos instrumentos de política pública laboral orientados a impactar favorablemente en la situación de personas cuyos derechos se ven conculcados. Así, por ejemplo, puede observarse esto en la Estrategia Nacional Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (2012-2021) o en el II Plan Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso (2013-2017) en mayor medida que su sucesor, el III plan que comprende al periodo que corrió entre 2019 y 2022.



de personas en situación de necesidad. En ese sentido, ejemplos del ámbito transnacional dan cuenta de la relevancia del papel singularmente relevante del sindicato en contextos particularmente sensibles. Pueden citarse al caso de la Organización Central de los Sindicatos Finlandeses, que “a través de sus bases, trasladó a casas de seguridad a trabajadores inmigrantes chinos, luego de ser liberados del trabajo forzoso, protegiendo sus identidades” (OIT, 2021, p. 39); o el de la Confederación Italiana del Trabajo, que ha realizado campañas de información sobre los derechos laborales de los migrantes pakistaníes en Italia (OIT, 2022).⁽⁵⁾ Esta función en particular resulta en la posibilidad real de afirmación de ciudadanía basada en derechos y, con ella, cobra vigencia el solidarismo que ha definido a la acción sindical desde antiguo.

En consecuencia, esta colaboración es, en mi entendimiento, indispensable para superar un problema generalizado para la eficacia de la inspección del trabajo que se ha diagnosticado, como es su real alcance y cobertura. Esta realidad demanda “una estrategia específica para llegar a trabajadores más vulnerables: bajo relaciones de subcontratación, trabajo a domicilio, talleres clandestinos, obras de construcción no registradas, trabajo en vía pública” (Bensusán, 2009, p. 1015). La prestación del sindicato en esta colaboración unidireccional parte de relevar, desde el contexto social en el que opera –y al que puede acceder con mejor inmediatez que las agencias estatales– información indispensable para poder motivar la actuación de la inspección del trabajo, sobre todo en procura de la protección de derechos fundamentales laborales.

Desde luego, esta forma de colaboración ensancharía el número de personas alcanzadas por la inspección del trabajo, lo que de por sí representa un desafío antes que una limitante. A juicio de Weil, se requiere de políticas de la inspección del trabajo para abordar estas cuestiones con grupos de interés diversos existentes en la sociedad civil, entre ellos los propios sindicatos, para así generar respuestas más efectivas (Weil, 2008, p. 362). Esto puede determinar una conexión necesaria entre esta forma de colaboración y la sexta, que explicamos a continuación.

5.6. Colaboración de la inspección del trabajo con la libertad sindical a través de actuaciones no punitivas

En sexto lugar, el ejercicio de funciones distintas de la fiscalizadora-punitiva podrían generar formas de colaboración sostenibles en el largo plazo, desde la inspección y en favor de la libertad sindical entendida en su dimensión compleja. Es preciso recordar, en este punto, que el Convenio número 81 de la OIT, Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, la inspección del trabajo tiene por objeto velar por el cumplimiento de las normas laborales y la protección de los trabajadores

(artículo 2, inciso 1), para lo cual también puede emprender medidas pedagógicas, por las que informe a los sujetos de las relaciones de trabajo sobre “la manera más efectiva de cumplir con las disposiciones legales” (artículo 3, inciso 1.b).

En otras realidades se ha subrayado que condicionantes propios de los órganos públicos tales como la austeridad y cierto componente “antisindical” del lado estatal pueden conspirar contra un enfoque colaborativo o pedagógico, como también lo hacen en relación con el enfoque punitivo (Mutschin & Martínez, 2022). Se trata entonces, de un esfuerzo colaborativo que debe ser enfocado con una perspectiva atenta a racionalizar los esfuerzos desplegados y maximizar los resultados positivos, afianzando la confianza entre inspección del trabajo y las organizaciones de trabajadores, recíprocamente. Desde luego, esto mismo puede tener un impacto valioso en la percepción empresarial de las fiscalizaciones administrativas laborales, de un lado y, de forma indirecta, podría ocurrir que más compañías se vean persuadidas a abordar la solución de disputas laborales con los sindicatos existentes.

El enfoque orientador y pedagógico, también llamado “preventivo”, no es incompatible con el punitivo o sancionador. Coincidimos con la doctrina que sostiene que se requiere de un enfoque equilibrado de ambas facultades para optimizar el alcance de la inspección del trabajo (Cavalié, 2014, pp. 444-445). Y es que “en todos los países existen sistemas mixtos de inspección del trabajo porque combinan, como la mayoría de las agencias fiscalizadoras, la asesoría y la sanción” (Bensusán, 2009, p. 1013). Algunos sistemas de inspección del trabajo se han perfilado de forma más abierta hacia un modelo pedagógico, relegando a la imposición de multas como un método reservado a casos de mayor gravedad (Servais, 2016, p. 177). En esa medida, es importante comprobar si estas experiencias pueden ser adecuadas para combatir el incumplimiento de normas laborales altamente resistidas, como suele ocurrir con normas de tutela sindical.

(5) Esta iniciativa ha desarrollado una página web que brinda información sobre derechos laborales en italiano y urdo para estos usuarios. Consúltense en: <https://sites.google.com/iscoscisl.eu/stessolavorostessidiritti/home>.



Sin embargo, es preciso operar con cuidado estas posibles colaboraciones, pues la intervención estatal en clave promocional de la libertad sindical requiere de constantes autolimitaciones en entornos como el peruano, para evitar el intervencionismo sobre las relaciones colectivas de trabajo. Así, comparativamente puede verse como, en ciertos ordenamientos jurídicos, la fiscalización laboral puede intervenir en la negociación colectiva, sin que ello plasme un modelo que convenga trasladar a nuestro contexto. En Chile, por ejemplo, el marco legal ha admitido la incorporación del inspector de trabajo como veedor de una votación por la que un grupo de trabajadores puede votar de forma secreta sobre la propuesta presentada por el empleador en el marco de una negociación colectiva (Bensusán, 2016, p. 137). No parece que esta forma de intervención como control simultáneo de fenómenos colectivos sea conveniente para nuestra realidad (salvo circunstancias extremas, en todo caso).

Por otro lado, la facultad orientadora de la inspección del trabajo podría sentar bases para que, en determinados contextos, la promoción de la actividad sindical pueda desenvolverse desde formas de intervención menos intensas en las relaciones de trabajo, por parte de la autoridad administrativa. Por ejemplo, una actuación pedagógica de la inspección del trabajo habría tenido mayor sentido en vez de la rebaja automática de multas otorgada graciosamente por el legislador a través de la disposición complementaria transitoria única de la Ley 30222, que se extendió desde 2014, poco después de la entrada en vigor de la reforma de la tabla de sanciones del RLGIT, hasta 2017⁽⁶⁾.

Por ello, la experiencia regulatoria reciente en nuestro país obliga a ser cuidadosos en el enfoque de la actuación orientadora de la inspección del trabajo. Los contextos por los que se invoca la promoción de la actuación preventiva sobre la punitiva pueden existir motivaciones más ideológicas que técnicas. Como bien sostiene Graciela Bensusán, en la revisión comparada sobre la resistencia a tratar los incumplimientos como “ilícitos”, “el debilitamiento del enforcement llevó a que los grupos sociales afectados no pudieran hacer efectivos sus derechos” (2009, p. 1010).

A pesar de esto, una política de orientación dirigida a facilitar el conocimiento y ejercicio de la libertad sindical puede ser determinante para que, a través de las actuaciones de la inspección del trabajo, se concreten medidas dirigidas a fomentar que condicionantes negativos de la sindicación sean conjurados. Parece preciso, pues, reconocer que esta actuación estatal no tendría impacto sobre el ejercicio

de la libertad sindical negativa; por el contrario, de alguna forma la afirmaría, determinándose las situaciones en las que el desconocimiento de la legislación o el temor a represalias sean las verdaderas condicionantes que impidan el ejercicio de la libertad sindical.

Actualmente, el Sistema de Inspección del Trabajo cuenta con lineamientos técnicos que permitirían conducir este tipo de intervención sobre las relaciones laborales. Es el caso de lo establecido a través de la Directiva 1-2021-SUNAFIL/INPA, aprobada por la Resolución de Superintendencia 158-2021-SUNAFIL, del 19 de mayo de 2021. Con ella, se ha normado que los inspectores de trabajo y otro personal (servidores civiles y funcionarios) pueden ejecutar estas labores. Aunque el concepto bajo el cual esta actuación ha sido determinado es el de “eventos”, sus disposiciones contemplan la programación de operativos específicos o genéricos que, tras la evaluación del público objetivo, permita su desarrollo por medios virtuales o presenciales, previéndose la actuación en el propio centro de trabajo. A través de diversos formatos, se prevé la actuación con impacto en colectivos de empleadores o de trabajadores.

En este último caso, se ha previsto que se trate de más de 30 trabajadores, lo que podría ser propicio para la formación de sindicatos en el nivel de empresa (donde el número mínimo de afiliación sindical es de veinte personas), pero también llevaría a que posibles niveles supraempresariales de sindicación puedan ser determinados desde las actividades preparatorias por las que se procesaría la información disponible desde otros medios. La interacción real entre funciones de inteligencia y operativas podría permitir que estas labores sean ejecutadas con un perfil realmente orientado a producir este tipo de colaboración, la que podría ser útil para afianzar el cumplimiento de las normas del trabajo.

(6) Curiosamente, el régimen de “perdón de multa” establecido por la Ley 30222 (“Ley que modifica la Ley 29783 - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo”) se denominó como “privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras”, sin llegar realmente a calzar sentido alguno a tal declaración.



6. Conclusiones

Parece claro que la función defensiva de los derechos en el trabajo (que asisten a sindicatos, afiliados y otros trabajadores no alcanzados por los sindicatos) es compartida por organizaciones sindicales y por la inspección del trabajo, sin perjuicio de otros agentes.

Tras la revisión de literatura y condicionantes normativos y fácticos, sostengo que la determinación de los supuestos de colaboración más eficaces supone una combinación de fórmulas punitivas (para proteger a sindicatos desprovistos de medios de acción autodefensivos) con mecanismos de promoción de la actividad sindical autodefensiva. En ese contexto, pueden identificarse los siguientes puntos clave:

- a) La actuación orientadora de la inspección del trabajo y otros servicios administrativos de divulgación de derechos laborales deberían ponerse al servicio de una capacitación orientada a fomentar la libertad sindical como mecanismo de vigilancia privada del cumplimiento de estándares laborales. El verdadero desafío consistirá en transformar la mera divulgación de los órganos administrativos en una relación de colaboración recíproca (+, +), donde las organizaciones de trabajadores puedan ayudar en la determinación de ámbitos relevantes para ese tipo de intervención.
- b) Resultará esperable que la organización de trabajadores acuda a los mecanismos de garantía de derechos para promover el cumplimiento de las normas laborales. La inspección del trabajo, del otro lado, puede cumplir con ese papel de garante subsidiario. Sin embargo, enfrenta dificultades manifiestas (de orden presupuestal y organizativo, fundamentalmente) en un entorno en el que las condiciones de facto para cumplir esa misión son adversas y pudieran bien consolidar un tipo de relación de perjuicio para la inspección y beneficio para el sindicato (–, +).
- c) Reconociéndose formas de colaboración unidireccionales (siendo el sindicato el principal beneficiario de ellas), resultará indispensable que la política laboral adopte enfoques por los que se promueva que la actividad sindical y la inspección adopten una perspectiva de colaboración “de doble vía”, basada en la maximización de los recursos disponibles para lograr resultados sostenibles en el control del incumplimiento de normas laborales. Esto facilitaría que un número mayor de personas se vean, de hecho, protegidas por una organización de trabajadores o bien por la actuación de la inspección del trabajo. Una repartición de funciones tendente a lograr que el control de la fiscalización administrativa se oriente cada vez más a contextos no sindicalizados –y sean menos los sindicatos que necesiten de la inspección para protegerse contra actos antisindicales– arrojaría, teóricamente, un impacto positivo para ambos instrumentos (+, +).

- d) La protección de los derechos colectivos e individuales en el trabajo tienen un costo implícito: los sindicatos, si bien pueden cumplir esta función defensiva, no pueden desarrollar ni exclusiva ni fundamentalmente este rol, pues su papel prevalente en el modelo de relaciones colectivas es el de participar en el diálogo social bipartito de la negociación colectiva para regular condiciones de trabajo o en otros espacios de diálogo social.
- e) Un comportamiento eficiente de ambos actores consistiría en buscar una colaboración perdurable y sostenible para mejorar el desempeño de sus propios roles en el mundo del trabajo. Ello requerirá la reestructuración de las perspectivas sindicales y gubernativas con las que se aborda al problema del incumplimiento de las normas de trabajo y el sometimiento del enfoque del método punitivo bajo la crítica de la oportunidad y la razonabilidad.

Referencias bibliográficas

- Albracht, G. (2005). Sistemas integrados de inspección del trabajo: la estrategia de la OIT. *Educación obrera*, 3(140-141), 73-79. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2050698>
- Arce, E. (2020). *El Sistema de Inspección del Trabajo*. Palestra Editores.
- Bensusán, G. (2000). La democracia en los sindicatos: enfoques y problemas. En E. De la Garza (Coord.), *Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo* (1.ª ed., pp. 392-421). El Colegio de México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Universidad Autónoma Metropolitana y Fondo de Cultura Económica.
- Bensusán, G. (2009). La inspección del trabajo en América Latina: teorías, contextos y evidencias. *Estudios Sociológicos*, 28(81), 989-1040. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59820678010>
- Bensusán, G. (2016). Negociación colectiva (...) y más allá: debates, problemas y alternativas para la protección de los trabajadores. *Laborem*, (18), 115-154. <https://www.sptss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem18-115-154.pdf>
- Blancas, C. (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



Boza, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza, G. y Mendoza, L. (2010). La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú. *Revista Derecho del Trabajo*, (10), 329-354. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem10-312-337.pdf>

Calvo, R., Sigalat, E. & Rodríguez, J. (2017). La auditoría sociolaboral y sus grupos de interés: ¿intereses comunes? ¿intereses compartidos? Una aproximación al caso valenciano. *Lan Haremanak*, (38), 229-258.

Cavalié, P. (2014). Balance y perspectivas de la inspección del trabajo en el Perú. En *VI Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 441-485). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Cuadros, F. & Sánchez, C. (2008). El rol estatal de fomento de la negociación colectiva. En *Libro del III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 250-258). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Friedman, J. (1963). Un nuevo concepto de la capacitación sindical. El centro de estudios laborales del Perú. *Revista de Informaciones sociales*, (2), 19-23. <https://repositorio.essalud.gob.pe/handle/20.500.12959/1678>

Horferlin, I. (2005). Austeridad en la inspección del trabajo. *Educación obrera*, 3-4(140-141), 23-28. <https://www.ilo.org/es/publications/los-grandes-desafios-mundiales-de-la-inspeccion-del-trabajo>

KnowTheChain (2022). *Closing the gap. Evidence for effective human rights due diligence from five years measuring company efforts to address forced labour*. Business & Human Rights Resource Center. <https://knowthechain.org/wp-content/uploads/2022-KTC-mHREDD-brief.pdf>

Mendizábal, G. (2018). Estudio de derecho comparado de la inspección del trabajo en Latinoamérica. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1(28), 157-190. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.28.13147>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2013). *II Plan Nacional para la lucha contra el trabajo forzoso (2013-2017)*. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40americas/%40ro-lima/%40sro-lima/documents/genericdocument/wcms_240910.pdf

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2019). *III Plan Nacional para la lucha contra el trabajo forzoso (2019-2022)*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1617153/III%20PNLCTF_.pdf

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2023). *La sindicalización en el sector privado formal en Perú, 2015-2022*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5901883/5233379-bel-55-la-sindicalizacion-en-el-sector-privado-formal.pdf>

Mutschin, S. & Martínez, M. (2022). The fragmenting occupation of labour inspection and the degradation of regulatory and enforcement work inside the British state. *Economic and Industrial Democracy*, 2(44), 526-546. <https://doi.org/10.1177/0143831X221078337>

Odero, A. & Guido, H. (1995). *Derecho Sindical de la OIT*. Oficina Internacional del Trabajo. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17309.pdf>

Oficina Internacional del Trabajo (2008). *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas. Informe global con*

arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. <https://www.ilo.org/es/publications/la-libertad-de-asociacion-y-la-libertad-sindical-en-la-practica-lecciones>

Organización Internacional del Trabajo (2021). *Prevención e identificación de Trabajo Forzoso. Guía de Apoyo dirigida a organizaciones de trabajadores*. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-lima/documents/publication/wcms_429713.pdf

Ojeda, A. (2003). *Derecho Sindical* (8.ª ed). Editorial Tecnos.

Organization for Economic Co-operation and Development (2021). *Engagement with trade unions in due diligence processes conducted by industry-led or multi-stakeholder initiatives: Clarification by the OECD Investment*. OECD. <https://mneguidelines.oecd.org/engagement-with-trade-unions-in-due-diligence-processes-conducted-by-industry-led-or-multi-stakeholder-initiatives.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (2013). *Sistemas de Resolución de Conflictos laborales: directrices para la mejora del rendimiento*. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@dialogue/documents/publication/wcms_337941.pdf

Organizzazione Internazionale del Lavoro (2022). *“Stesso lavoro, stessi diritti”: Campagna per il lavoro dignitoso dei migranti pakistani in Italia*. <https://www.ilo.org/it/resource/article/stesso-lavoro-stessi-diritti-campagna-il-lavoro-dignitoso-dei-migranti>

Palomeque, M. (2004). El nuevo espacio funcional de la inspección del trabajo: reflexiones críticas. *Derecho y razón crítica*.

Pereira, R. (2010). Inspección del Trabajo: el caso de Chile. *Laborem*, (10), 287-308. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem10-272-293.pdf>

Povis, L. (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. *Revista IUS ET VERITAS*, (60), 38-64. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.002>

Resolución 154-2019-SUNAFIL (2019, 8 de mayo). Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 35-2021-SUNAFIL (2021, 14 de enero). Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 18-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 8 de junio). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.



Resolución 717-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2022, 25 de julio). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 252-2024-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2024, 22 de enero). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 001-2024-SUNAFIL/TFL-Sala Plena (2024, 8 de marzo). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Santos, H. (1987). *Estudios de Derecho Sindical y del Trabajo*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Servais, J.M. (2016). Los estándares laborales de la OIT en el contexto de la crisis. *Laborem*, (18), 167-195. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem18-167-195.pdf>

Standig, G. (2011). *The precariat. The new dangerous class*. Bloomsbury.

Stefanov, R., Minerva, D. & Vitosha Reserch EOOD (2021). *Successful cooperation approaches between labour inspection and social partners*. European Labour Authority.

Toyama, J. (2015). La Sunafil y el debido proceso constitucional. En *VI Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 541-557). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

United States Department of Labor USDOL (2021). *Final evaluation. Engaging workers and civil society strengthen labor law enforcement in Peru*. United States Department of Labor - Bureau of International Labor Affairs. https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/evaluation_type/final_evaluation/Final-Evaluation-SC-Peru-3-Nov-21-Final-nonPII.pdf

Ulloa, D. (2012). Práctica e interpretación de los derechos colectivos en el último lustro (2008-2012): el aporte de la inspección del trabajo (pp. 391-402). En *V Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ulloa, D. (2015). Sugerencias para un mejor funcionamiento de la Administración de la fiscalización laboral en Perú (pp. 559-568). En *VI Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Varillas, A. (2004). La fiscalización por terceros de las obligaciones laborales. Una propuesta alternativa al fracasado sistema de inspecciones a cargo del Ministerio de Trabajo. *Derecho & Sociedad*, (23), 91-104.

Vega, M. (2011). La colaboración sindical con la inspección del trabajo en la lucha contra la precarización. En *Procesos de Autoreforma Sindical en las Américas* (pp. 58-62). Organización Internacional del Trabajo. Organización Internacional del Trabajo.

Vílchez, L. (2017). Apuntes en torno a las prácticas antisindicales: ¿Es realmente posible probarlas?. *Revista IUS ET VERITAS*, (55), 74-88. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.005>

Villavicencio, A. (2010). *La Libertad Sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Organización Internacional del Trabajo, FSAL/ACTRAV, PLADES y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Walters, D. (2016). Labour inspection: a public service in crisis. *The European Trade Union Institute's health and safety at work magazine*, (14), 10-11.

Weil, D. (2008). A strategic approach to labour inspection. *International Labour Review*, 147(4). 349-375. <https://doi.org/10.1111/j.1564-913x.2008.00040.x>

Wyczykier, G. (2012). Sindicalismo y precariedad laboral: un estudio sobre la acción gremial de base en la industria argentina en el periodo de la postconvertibilidad. *Estudios Sociológicos*, XXX(89), 367-399. 



De víctimas a victimarias: el delito de difamación y las denuncias públicas por violencia de género^(*)^(**)

From victims to perpetrators: the crime of defamation and public allegations of gender-based violence

Josefina Miró Quesada Gayoso^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Las denuncias públicas por hechos de violencia sexual o de género a través de redes sociales son una “válvula de escape” para las víctimas-sobrevivientes que desconfían del Estado para atender sus necesidades de justicia. Este mecanismo de denuncia alternativa pone bajo los reflectores la dimensión sistémica de estas violencias que son toleradas, negadas o silenciadas por nuestra sociedad. Para las víctimas-sobrevivientes, las denuncias públicas pueden ofrecer espacios de validación, apoyo y comprensión. En ciertos casos, sin embargo, la respuesta a estas denuncias puede acentuar la victimización primaria de las violencias vividas. Es lo que sucede cuando los agresores denunciados recurren a denuncias de difamación -o querellas- contra las víctimas, generando que estas pasen a tener un rol de victimarias ante el sistema de justicia. Este es el diagnóstico del que parte el presente artículo. A partir de este, la autora brinda lineamientos sobre el remedio judicial aplicable a este tipo de escenarios en los que conflictúan los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor. Ante la falta de una respuesta articulada a nivel nacional, se sistematizan los parámetros más recientes en materia constitucional, convencional y de derecho comparado relevantes para resolver estos casos.

Palabras claves: Difamación - Honor - Libertad de expresión - Violencia de género - Denuncias públicas - Discursos protegidos - SLAPPs

Abstract: Public allegations of sexual or gender-based violence made through social media serve as a “release valve” for victim-survivors who distrust the State’s ability to meet their justice needs. This alternative complaint mechanism highlights the systemic nature of these forms of violence that have been tolerated, denied or silenced by our society. For victim-survivors, public allegations can provide spaces for validation, support and understanding. However, in certain cases, the response to these allegations may exacerbate the primary victimization caused by the violence experienced. This occurs when accused aggressors file defamation lawsuits against the victims, effectively turning them into offenders in the eyes of the justice system. This is the diagnosis upon which this article is based. From this point of view, the author provides guidelines in identifying judicial remedies applicable to these scenarios, where the fundamental

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 25 de agosto de 2024 y su publicación fue aprobada el 28 de noviembre de 2024.

(**) Declaración de interés: La autora manifiesta que ejerce actualmente la representación legal de una víctima de violencia sexual querellada por la persona a quien ella denunció públicamente como su agresor.

(***) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Criminología por la Universidad de Cambridge, Reino Unido y ex investigadora visitante del Instituto de Criminología de dicha universidad. Ha sido docente de la Facultad de Derecho de la PUCP y es actualmente, supervisora de tesis en la Escuela de Posgrado en Derecho de la PUCP. Fue asesora de la Alta Dirección de la Defensoría del Pueblo del Perú y pasante de la Oficina de la Defensoría de los Derechos de las Víctimas de las Naciones Unidas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4151-4716>. Correo: josefina.miroquesada@pucp.edu.pe.



rights to freedom of expression and honor come into conflict. In the absence of a national articulated response, this article systematizes the most recent constitutional, international and comparative law standards relevant to resolving such cases.

Keywords: Defamation - Honor - Freedom of expression - Gender-based violence - Public denunciation - Protected speech - SLAPPs

1. Introducción

En 2017, el movimiento “*MeToo*”⁽¹⁾ desempolvó una realidad que vivían millones de mujeres alrededor del mundo: formas extendidas y naturalizadas de violencia sexual y de género perpetradas en silencio (Damstrom, 2010). Este fenómeno de ciberactivismo feminista permitió a las víctimas-sobrevivientes romper el silencio y con ello, el círculo de la impunidad al denunciar públicamente las violencias sufridas por ellas o las personas de su entorno. El testimonio compartido por cada víctima-sobreviviente relatando sus experiencias y nombrando a su agresor animó a más a denunciar. El efecto generado fue una “cascada” sin precedentes.

Muchas se identificaron con las historias que salían a la luz. Otras se sentían respaldadas por una audiencia sensibilizada hacia estas injusticias. Unas más, veían en la denuncia la necesidad de advertir a más mujeres de la forma en la que operaban estas violencias, el ecosistema que lo permitía y los agresores que seguían sus vidas con normalidad. Los lazos de solidaridad rápidamente se entrelazaron y de manera articulada, más voces repetían un “Yo sí te creo”. Era un bálsamo para quienes habían vivido en el descrédito o la culpa trasladada por la sociedad -e incluso, una misma- de haber sido victimizadas. Las respuestas eran, sobre todo, muestras de empatía, sororidad y validación.

Las denuncias públicas por actos de violencia sexual y de género fueron un punto de quiebre que fortaleció la lucha para erradicar estas violencias en nuestras sociedades. Fue un fenómeno que no nació de los gobernantes, sino de las mismas mujeres que movilizaron a la opinión pública con sus testimonios de vida. No sólo revelaron la dimensión estructural de estas violencias, sino contribuyeron a visibilizar las deficiencias de los sistemas de justicia. Las denuncias públicas permitieron desnudar el *vía crucis* que enfrenta una víctima que decide denunciar formalmente a su agresor. Frente a la desconfianza hacia los sistemas de justicia penal, muchas mujeres hallaron en las redes sociales un mecanismo de

denuncia alternativo que se adecuaba mejor a sus necesidades de justicia.

Pese al efecto transformador del *MeToo* en luchar contra la violencia sexual y de género, parte de las víctimas-sobrevivientes tuvieron pronto que enfrentar ser denunciadas penalmente por los agresores a los que habían denunciado públicamente. Con ello, pasaron de ser víctimas a victimarias ante los sistemas de justicia penal. Aunque el uso de estas denuncias, como las querellas, ha sido criticada por parte de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, a nivel nacional, no existen lineamientos claros sobre cómo responder adecuadamente a ellas. Aún no llega un caso de esta naturaleza a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), pero existen parámetros convencionales que dan luces sobre cómo resolverlos.

En esa línea, las interrogantes que orientan la presente investigación son las siguientes: ¿Cómo deben los jueces nacionales responder a las querellas que se presentan para sancionar discursos que versan sobre denuncias públicas por actos de violencia sexual o de género? ¿Cuáles son los parámetros constitucionales, convencionales y derecho comparado más recientes para resolver los conflictos que se presentan entre el honor y la libertad de expresión? ¿Qué particularidades presentan este tipo de denuncias públicas que debe considerar un juez al limitar o no la protección de discursos objeto de una querella?

Para responder a estas preguntas, divido este artículo en cuatro partes. Una primera parte repasa los lineamientos desarrollados por la jurisprudencia nacional para resolver los conflictos jurídico-penales entre los derechos al honor y la libertad de expresión frente a los delitos de difamación. Una segunda, analiza estos parámetros a la luz de las más recientes fuentes vinculantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) sobre la

(1) El “*MeToo*”, que en español se traduce a “yo también”, es un movimiento social contra la violencia sexual, desde la violación hasta el acoso sexual, en el que sobrevivientes comparten públicamente sus experiencias de violencia para generar conciencia, empoderar y solidarizarse con otras víctimas. La frase se usa para indicar que estas experiencias de violencia no son episodios aislados, sino que muchas víctimas pasan por estos, lo que denota su carácter sistémico. La denuncia pública ha contribuido a combatir la tolerancia hacia estas formas de violencias, así como su prevalencia.



libertad de expresión. Una tercera desarrolla el fenómeno de las denuncias públicas por hechos de violencia sexual y de género y las querellas como respuesta a ellas. Una cuarta se remite a un ejemplo paradigmático del derecho comparado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana que se ha pronunciado sobre los “escraches”, a fin de orientar los remedios judiciales que la judicatura debe adoptar.

Finalmente, concluyo con unas reflexiones finales sobre los criterios antes desarrollados que deben ser tomados en consideración por los jueces para otorgar o no una protección especial reforzada al discurso público denunciado. Ello orientará la evaluación sobre si la expresión bajo análisis es penalmente relevante, o es atípica por tratarse de una conducta de riesgo permitido al ser la manifestación de un legítimo ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

2. La jurisprudencia nacional frente al conflicto: honor vs. libertad de expresión

Esta sección analiza los principales lineamientos desarrollados por la jurisprudencia constitucional y penal nacional en torno al delito de difamación con relación a la tensión entre el derecho al honor y a la libertad de expresión. Para ello, primero, se recoge la definición del bien jurídico “honor”, objeto de protección del delito, a partir de las interpretaciones que ofrece la doctrina y jurisprudencia contemporánea. En segundo lugar, se presentan los parámetros constitucionales que, a la actualidad, brinda la judicatura para resolver la tensión entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la pretendida afectación al honor.

2.1. El bien jurídico: “honor”

El delito de difamación⁽²⁾ presenta desafíos en su configuración debido a la difícil caracterización e indeterminación del bien jurídico que aspira a proteger: el honor. Se trata de una protección jurídico penal que ha de operar como *última ratio* del derecho fundamental al honor que nuestra Constitución reconoce en su artículo 2, inciso 7⁽³⁾⁽⁴⁾.

Citando a Maurach, Donna (2010) describe el honor como “el bien jurídico más sutil, el más difícil de aprehender con los

toscos guantes del Derecho Penal, y, por tanto, el menos eficazmente protegido” (p. 306). Berdugo (1984), por su parte, atribuye la compleja precisión de su contenido a su carácter “inmaterial” y a la diversidad de sentidos extrajurídicos que posee histórica y socialmente (p. 2). Siendo ello así, existen distintas teorías que aspiran a delimitar su contenido para fijar claramente sus límites. En la doctrina, la definición del honor se ha dividido entre concepciones fácticas que conciben el honor a partir de la realidad social o psicológica del individuo; y las concepciones normativas, que lo vinculan con criterios valorativos (Laurenzo Copello, 2000, p. 15).

Señala Laurenzo Copello (2000, p. 16) que la concepción estrictamente fáctica combina dos dimensiones tradicionales del honor: (i) la objetiva y (ii) la subjetiva. La primera, también llamada “heteroestima”, asimila el honor con la reputación social y la estima de terceros sobre uno. Es decir, da cuenta de cómo una persona es percibida socialmente por el entorno que le rodea. Desde esta perspectiva, los méritos personales no son considerados para que el honor de una persona “merezca” protección. Por su parte, agrega la autora, la dimensión subjetiva vincula el honor con el sentimiento personal de propia valía (2000, p. 16). La afectación al honor dependerá, entonces, de si la persona percibe que su autoestima se ha visto menguada y en qué medida.

Esta concepción exclusivamente fáctica es problemática por distintas razones. La primera es su alta variabilidad e impredecibilidad debido a que depende del juicio subjetivo de quien alega haber sido presuntamente afectado. Una persona con

(2) Código Penal del Perú. Artículo 132. 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.

(3) Art. 2: Toda persona tiene derecho a: 7) al honor y a la buena reputación.

(4) Si bien la Constitución Política del Perú distingue el concepto de honor del de “buena reputación”, como si se tratara, por un lado, de un honor “interno” y por el otro, de uno “externo”, el Tribunal Constitucional ha precisado que, en realidad, se trata de un “derecho único al honor”, en el que la buena reputación está incluida en el honor (Exp. 03079-2014-PA/TC).



una alta autoestima verá su honor lesionado en mayores dimensiones que aquel con una baja. En el mismo sentido, aquel que ostenta una mala reputación podría incluso llegar a carecer este atributo de la personalidad.

Piénsese en el caso de personas cuyos hábitos son “mal vistos” en contextos socialmente conservadores. Por ejemplo, quien posee una identidad de género no binaria, una mujer que ha abortado, o una trabajadora sexual. El honor de estas personas dependería de la valoración “arbitraria” de estos grupos sociales. Desde esta perspectiva, no es relevante, además, la veracidad o falsedad del hecho atribuido, pues será suficiente con que influya negativamente en su “buena fama”, lo que impediría utilizar la figura de la *exceptio veritatis* como causa eximente de la pena en el delito.

El Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TC) ha criticado en la misma línea la postura que sostiene estas dimensiones objetivas y subjetivas -a las que llama *externas e internas*-, por considerar que conducirían a consecuencias absurdas. Al respecto en la Sentencia recaída en el Expediente 4099-2005, el TC sostuvo lo siguiente: “pues atendiendo a tal dimensión, encontraríamos personas que tienen un nivel de autoestima mayor que otras, con lo que la dimensión interna del honor resultaría hasta discriminatoria” y por su parte, “sujeta a las apreciaciones colectivas, sociológicas o culturales diversas, el honor de las personas resultaría del todo incontrolable jurídicamente y el derecho se vería así sometido a un suerte de escrutinio social que podría desvirtuar su nivel de garantía” (2006, fundamento 3).

Por otro lado, la concepción normativa, señala Lorenzo Copello (2000, p. 23) reemplaza las consideraciones fácticas en la definición del honor por las de tipo valorativo. En este caso, el honor aparece como una consecuencia de la dignidad humana que corresponde a todos por igual. No depende de la posición social o económica que uno ocupa en una comunidad o la “fama” que uno tenga. De la visión interna del honor, anclada en la idea de dignidad, se deriva una visión externa que compone la autoestima y la reputación, y que se basa en la libertad de cada ser humano de dirigir libremente su vida. Bajo esta visión, el honor es el derecho de todo ciudadano de ser respetado y apreciado por los demás y por sí mismo, sin importar la forma en la que ejerce su libre desarrollo de la personalidad.

De estas dos visiones, surge una tercera de tipo fáctico-normativo, mayoritaria en la doctrina española, que parte de la teoría normativa vinculada al honor como derivado de la dignidad humana, pero que lo combina con el plano fáctico de la realidad social que calibra el alcance de la protección jurídica en cada caso. Esta perspectiva busca cumplir el mandato del principio de igualdad que permite, por un lado, a todas las personas tener un mínimo de honor, y por el otro, reconoce que la tutela del bien jurídico varía en función de cómo participe un sujeto en la vida social o el grado de cumplimiento que tiene

hacia sus deberes ético-sociales (Laurenzo Copello, 2000, p. 29).

Esta concepción es la que siguen autores como Meini (2000) y Berdugo (1984), y la que aquí se comparte, en la que se reconoce que el honor posee un aspecto estático y otro dinámico. El estático es el honor que deriva de la condición inherente de dignidad, y el dinámico lo condiciona a cómo se desenvuelva esta persona en sociedad.

A diferencia de la concepción exclusivamente fáctica que valoraba dicho elemento en base al criterio de “cierto grupo social”, esta tesis, por el contrario, toma como parámetros los principios y valores que caracterizan al Estado Social y Constitucional de Derecho. Es decir, las pretensiones de reconocimiento que espera una persona dependerán de si sus actos en sociedad se adecúan o no a tales parámetros constitucionales. Conforme lo ha señalado el TC en la Sentencia recaída en el Expediente 4099-2005:

Si bien no puede negarse que el concepto o las concepciones sobre el honor están íntimamente vinculadas a la cultura, las creencias y convicciones de un tiempo y un lugar determinados, también es verdad que el Estado Constitucional, al objetivar un modelo de organización social y político, establece unos parámetros mínimos donde el operador jurídico debe tratar de construir un concepto de honor que, partiendo de la dignidad humana, sea compatible también con los valores como la igualdad, la libertad y los demás valores sobre los que se asienta el modelo político del Estado constitucional y democrático (2006, fundamento 4).

La Corte Constitucional de Colombia (CCC) también recoge este aspecto del honor en la Sentencia T-275-21 al señalar:

La protección constitucional a la honra y al buen nombre tiene como presupuesto básico la conducta irreproachable del titular. De esta forma, quien ha incurrido en actos que deterioran el concepto general que sobre este tiene la sociedad, ve reducido el ámbito de garantía de estos derechos, y en principio, no está en posición de reclamar su protección y respeto de parte de terceros (2021, fundamento 138).

Asimismo, en la mencionada sentencia, la corte colombiana, aplicando el razonamiento a



un caso que será analizado más adelante, añade: “la afectación a la reputación del accionante fue producto, principalmente, de sus propias acciones” (2021, fundamento 138).

Ahora bien, los márgenes para delimitar el bien jurídico “honor” no sólo son determinantes para saber cuándo existe una lesión que justifique la intervención del poder punitivo, en atención al principio de lesividad (artículo IV del Código Penal). También son importantes para informar los ámbitos de protección de la libertad de expresión con los que usualmente entra en tensión el honor. Por ejemplo, en el caso de un funcionario público, si bien por el solo hecho de ser persona, es titular de un derecho al honor, el ámbito de protección de su honor variará si la expresión que se dice es difamatoria versa sobre un tema referido al adecuado ejercicio de su función pública, en cuyo caso, no habrá lesión al honor que justifique criminalizar dicha expresión, sino un claro ejercicio de la libertad de expresión.

2.2. Alcances constitucionales sobre el honor vs. libertades informativas

A nivel nacional, la jurisprudencia vinculante más extendida sobre el conflicto entre el honor y la libertad de expresión

e información data de hace más de quince años. Se trata del Acuerdo Plenario 03-2006 emitido por la Corte Suprema el 13 de octubre de 2006, en el que brinda lineamientos sobre cómo conciliar la tensión entre estos derechos fundamentales que gozan de rango constitucional. En concreto, la Corte Suprema a través del fundamento 8 de este acuerdo plenario, propone como solución recurrir a juicios ponderativos que permitan evaluar si, bajo ciertas circunstancias, una expresión que se alega atenta contra el honor de una persona se justifica por realizarse al amparo del ejercicio legítimo de la libertad de expresión o de información recurriendo al artículo 20, inciso 8 del Código Penal⁽⁵⁾. Todo dependerá del ámbito sobre el que esta recaiga y los requisitos que determinan si el ejercicio del derecho es legítimo o si transgredió sus límites. En resumen, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

Tabla 1

Lineamientos del Acuerdo Plenario 03-2006

Características de las expresiones	Consecuencias jurídicas
Si estas inciden en la esfera pública (fundamento 10)	– Existe un interés público o un legítimo interés del público para su conocimiento. – No admite injerencias a la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar. – La protección del honor se relativiza si las expresiones inciden en personajes públicos o de relevancia pública; más aún, si estas importan una crítica política. – Tratándose de funcionarios públicos, su honor debe protegerse acorde a los principios de pluralismo democrático.
Si las frases o expresiones aluden a 'hechos' (libertad de información) (fundamento 12)	– Se ampara la verosimilitud de la información compartida, para lo cual, debe ser sometida a un test de veracidad⁽⁶⁾. – No requiere para que sean veraces acreditar una certeza inobjetable y absoluta de los hechos; sino una veracidad subjetiva en el que el autor ha cumplido deberes de diligencia de corroborar o contrastar la información mínimamente. – No están protegidas si el autor ha sido consciente de que no decía o escribía la verdad al atribuir a otro una conducta falsa -dolo directo-; o ha actuado sin un mínimo interés o diligencia en la comprobación de la verdad -dolo eventual-. – Debe verificarse que las noticias hayan sido diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse, en todo caso, la malicia del informador.

(5) Código Penal del Perú. Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal: 8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

(6) En lo que refiere a la veracidad de la información difundida, el Tribunal Constitucional (Expediente 6712-2005-HC/TC) ha señalado también que esta “no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir se busca amparar la verosimilitud de la información”.



Características de las expresiones	Consecuencias jurídicas
Si la información compartida se limita a transmitir lo dicho por otra fuente (fundamento 12)	- Es un caso de reporte neutral y el deber de diligencia se cumple constatando la verdad del hecho de la declaración. - No requiere -en principio- acreditar la verdad de lo declarado. Sí exige señalar a la persona debidamente identificada que brinda la información; es a ésta a quien se le exige la veracidad de lo declarado. - Las condiciones para identificar a quien dio la información es que no sea una fuente genérica o no identificada. - El reportaje no debe incluir opiniones personales del emisor, el periodista, que quiebren la neutralidad del medio respecto a lo transcrito. - No se pierde la protección si el emisor, el periodista, incurre en un error en la información, siempre que sea sobre cuestiones de poca relevancia en el contexto de la noticia.
Si se trata de juicios de valor u opiniones (libertad de expresión) (fundamento 13)	- No pueden probarse, pues son estrictamente subjetivas y no pueden ser sometidas a un test de veracidad. - Debe evaluarse si hay interés público en frases cuestionadas: han de desbordar la esfera privada de las personas, lo que exige analizar la necesidad y relevancia pública en lo expresado. - No incluye expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas que carecen de fundamento y o formuladas de mala fe, innecesarias al propósito que persiguen las ideas u opiniones que se exponen. - Si protege expresiones duras o desabridas que pueden molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, si tales persiguen un propósito de crítica y son necesarias para fundamentar las ideas y opiniones expuestas.
En cualquier caso, sea si estas contienen hechos u opiniones (fundamento 11)	- No ampara frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o insinuaciones insidiosas y vejaciones, al margen de la verdad de lo que se vierta. - No ampara expresiones ofensivas impertinentes, desconectadas de su finalidad crítica o informativa, e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. - Sí ampara realizar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta; pero no ha de usarse calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad.

Fuente: Corte Suprema (2006, párrafos 8-13).

De lo recogido por la Corte Suprema, para resolver un caso, entonces, resulta necesario categorizar la información u opinión que se divulga ante terceros para identificar si se encuentra protegido por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Si no lo está, será importante antes evaluar si hubo o no una lesión efectiva al honor, tomando en cuenta los criterios previamente señalados para calibrar la tutela penal que deriva no sólo de la dignidad de una persona, sino de las legítimas expectativas de reconocimiento con base en el comportamiento desplegado por esta en sociedad (Meini, 2000, p. 185). Esto, sin embargo, no bastará para determinar si hubo o no delito. Para ello, se requerirá acreditar no sólo la tipicidad objetiva, a decir, que la conducta es idónea para lesionar el honor o reputación de una persona mediante la propagación de una noticia, sino que el autor ha actuado con dolo (consciencia y voluntad) de mancillar una honra.

Ahora bien, un sector de la doctrina (Bramont Arias & García Cantizano, 1996) considera que el delito de difamación exige la probanza de un elemento subjetivo adicional al dolo: un “*animus difamandi*”. La probanza de este elemento subjetivo también ha sido esbozada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el fundamento 8 de la RN 3301-2008. Este vendría a funcionar como un elemento de tendencia

interna intensificada que exigiría probar que el agente persiguió con su actuar una finalidad especial de ofender al otro. Si el autor hubiese perseguido con sus actos otros fines, el acto sería, entonces, atípico. El “*animus injuriandi o difamandi*” cumplía un rol en la dogmática penal tradicional de los delitos contra el honor, pues con este podían calificarse de atípicas las expresiones dolosas vertidas con otros ánimos: (i) narrar un relato (*animus narrandi*), (ii) informar una noticia (*animus informandi*), (iii) bromear sobre un hecho (*animus iocandi*), (iv) formular una crítica (*animus criticandi*) (Meini, 2000, p.190).

Esta tesis, sin embargo, presenta algunos problemas: (i) los ánimos pueden coexistir (ej. un periodista formula una crítica a un artista y sabe que con ello mancilla su honra); (ii) se trata de un elemento adicional que no se deduce de la redacción del tipo penal; y (iii) si luego de confirmar los elementos subjetivos de la tipicidad, se pasa al juicio de antijuricidad en el que concurre una causa



de justificación como el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, representada en el *animus criticandi o informandi*, habría que retroceder a la tipicidad y concluir que la conducta es atípica, cuando anteriormente ya se había afirmado que no lo era, lo que resulta metodológicamente incorrecto (Sánchez Tomás, 1994, p. 159).

Estos problemas llevan a sostener que la finalidad dogmática de este *animus*, en realidad, es innecesaria, y que aquél no es más que materialmente el elemento volitivo del dolo de las difamaciones (Meini, 2000, p. 190). Como afirma Salgado (2005), bastará acreditar el dolo a través del conocimiento del agente sobre el carácter lesivo de la falsa o displicente conducta que ejecuta, y la voluntad de asumir las consecuencias dañosas hacia el honor (p. 404). Asimismo, la Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario 03-2006 indica que cuando se está frente al ejercicio legítimo de un derecho, como es la libertad de información, el dolo del agente se determinará a partir de su actuación al momento de difundir la noticia: si sabía que no decía la verdad, dolo directo, o si, pensando que lo decía, no tuvo el mínimo interés o diligencia de comprobar que lo expresado fuera cierto (2006, fundamento 12).

A la jurisprudencia de la Corte Suprema se añaden otros pronunciamientos que han contribuido a delimitar los conflictos de derechos que se presentan frente a los delitos de difamación. Algunos ejemplos incluyen el de la Sala Penal Permanente (R.N. 2780-2016/Lima) que ha señalado, en el caso Rafo León vs. Martha Meier, con relación al ámbito sobre el que versan las declaraciones que el criterio de “personaje público” que fortalece la protección de la libertad de expresión o información también comprende a quienes dan una opinión de relevancia pública con contenido político, como quien se refiere a una gestión pública. Por su parte, en reciente sentencia de la Sala Penal Transitoria, la RN 411-2024, se señala que, si bien constitucionalmente está protegida la libre opinión, cuando esta se basa en hechos, el emisor debe haber actuado de manera diligente para verificar que estos hayan sido ciertos, y de requerir una rectificación, esta deberá recaer sobre las afirmaciones de hechos, y no las opiniones vertidas (2024, fundamento 17).

3. Estándares convencionales sobre los derechos al honor y a la libertad de expresión

Los estándares constitucionales a nivel nacional usualmente se complementan con los estándares internacionales del Sistema Interamericano (en adelante, SIDH) dada la cercanía regional. No obstante, en materia de derechos humanos estos deben nutrirse también de los insumos del Sistema Universal de Derechos Humanos (en adelante, SUDH). A continuación, compartimos las principales contribuciones que se pueden extraer de lo desarrollado por ambos sistemas.

En lo que refiere al SIDH, nos vamos a enfocar en los más recientes fallos de la Corte IDH vinculados al uso del poder punitivo como respuesta ulterior para sancionar discursos⁽⁷⁾. Se recurre a esta jurisprudencia por el carácter de vinculatoriedad que tiene con el ordenamiento jurídico constitucional peruano como se puede ver en las Sentencias del TC recaídas en los Expedientes 04617-2012-PA/TC (fundamento 14) y 00007-2007-PI/TC (fundamento 36), y el deber de ejercer control de convencionalidad de todos los jueces de la República que integran un Estado Parte de la CADH. En palabras de la Corte IDH:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex

(7) La Corte IDH ha emitido las siguientes sentencias que abordan la relación del poder punitivo con la libertad de expresión y de información, entre las que destacan las siguientes: 1) caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004); 2) Ricardo Canese Vs. Paraguay (2004); 3) Kimel vs. Argentina (2008); 4) Fontevecchia vs. Argentina; 5) Usón Ramírez vs. Venezuela (2009); 6) Baraona Bray vs. Chile (2022); 7) Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador (2021); 8) Alvarez Ramos vs. Venezuela (2019); 9) Moya Chacón vs. Costa Rica (2022); 10) Viteri Ungareli vs. Ecuador (2023). Para efecto de este artículo, se ha dejado de lado la jurisprudencia centrada en explorar la protección de las y los periodistas. Por ejemplo, como son las afectaciones a su integridad, vida, entre otros; la no discriminación; otras formas de restricción indirectas de la libertad de expresión; la pluralidad de medios y la prohibición de monopolios; la prohibición de la colegiatura obligatoria; el derecho de acceso a información y el principio de máxima divulgación del Estado; la censura previa; entre otros.



oficio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [énfasis agregado] (Caso Gelman vs. Uruguay, párrafo 193).

En igual sentido, también se destacarán algunos de los lineamientos efectuados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) sobre la materia. Con relación al SUDH, se hará hincapié en las observaciones generales y los procedimientos especiales, los mismos que dotan de contenido los alcances de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Perú también es Estado Parte. Hay que recordar, como lo ha señalado el TC en la Sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC que, en materia de derechos fundamentales, estos:

Deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (2005, párrafo 23).

3.1 Los discursos protegidos bajo el SIDH

La libertad de expresión se encuentra protegida en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Esta comprende dos dimensiones. La primera, la individual, está relacionada con la difusión del pensamiento propio y el derecho de toda persona de expresar y darlo a conocer a los demás. Esto guarda estrecha conexión con otros derechos personalísimos como la libertad de pensamiento y de opinión. La segunda, la social tiene una naturaleza colectiva que garantiza el derecho de los que reciben el mensaje y los receptores potenciales. Esto abarca la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. Así lo ratifica la Corte IDH:

31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios.

32. En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la

comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia (Opinión Consultiva 6-85, párrafos 31-32).

La Corte IDH ha indicado en reiterada jurisprudencia la importancia que tiene la libertad de expresión para una sociedad democrática al calificarla como una “piedra angular” que garantiza que la sociedad esté suficientemente informada (Olmedo Bustos y Otros, vs Chile, párrafo 86). Esta se percibe como una garantía para la libre circulación de ideas, noticias, opiniones y el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad. Ello es reflejado en la Carta Democrática de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyo artículo 4 reconoce que es un componente fundamental⁽⁸⁾ de la democracia. Según la Corte IDH:

El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, fundamento 127).

Lo antes descrito explica la importancia de establecer como regla general la censura previa⁽⁹⁾ y determinar que toda responsabilidad que derive de un abuso o exceso del ejercicio de este derecho sea ulterior. No sólo eso, sino que estas responsabilidades establecidas por el Estado deben estar fijadas en una ley, ser necesarias y proporcionales para asegurar derechos personalísimos y bienes colectivos (Howie, 2017, p. 13). De ello se deriva que

-
- (8) Carta Democrática OEA. “Artículo 4. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.
- (9) Principio 5 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH: “5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”.



cualquier limitación a la libertad de expresión solo puede serlo si cumple estas condiciones.

En los últimos años, la Corte IDH ha construido una tendencia cada vez más sólida destinada a limitar gradualmente la intervención del poder punitivo como una medida para proteger convencionalmente el derecho a la libertad de expresión, llegando incluso a prohibirlo frente a discursos de interés público⁽¹⁰⁾. Esta tendencia inicia preliminarmente hace más de dos décadas con la sentencia del caso Olmedo Bustos (La Última Tentación de Cristo) vs. Chile (2001)⁽¹¹⁾ y Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004)⁽¹²⁾, y se consolida con los más recientes pronunciamientos de los últimos cinco años: Álvarez Ramos vs. Venezuela (2019)⁽¹³⁾, Baraona Bray vs. Chile (2021)⁽¹⁴⁾, Palacio Urrutia vs. Ecuador (2021)⁽¹⁵⁾, Moya Chacón vs. Costa Rica (2022)⁽¹⁶⁾ y Viteri Ugarelli vs. Ecuador⁽¹⁷⁾ (2023).

A través de esta jurisprudencia, el tribunal ha convalidado el estándar de que la tutela penal no es un medio idóneo para establecer responsabilidades ulteriores por afectaciones al honor en manifestaciones sobre cuestiones de interés público. Asimismo, su uso debe ser realmente excepcional y reservarse solo cuando sea estrictamente necesario para proteger una necesidad social imperiosa (Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, párrafo 120; Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador, párrafo 117). Ello es conforme a lo recogido por el Principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la CIDH, que establece que la reputación

-
- (10) Para profundizar, véase el voto concurrente del juez Rodrigo Murovitsch en el caso Viteri Ungaretti y Otros vs. Ecuador (2023).
- (11) En el caso Olmedo Bustos (2001), la Corte IDH determinó que la ley en Chile que habilitaba un sistema de censura previa “para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”, que prohibió la transmisión de la película “La Última Tentación de Cristo” vulneró el artículo 13 de la Convención Americana. Por eso, al condenar al Estado Chileno, le ordena, en virtud del deber de adecuar su derecho interno a la CADH, modificar su ordenamiento jurídico interno para eliminar esta disposición. Chile, en cumplimiento de la sentencia, acata la orden y suprime la censura previa respecto de estos contenidos a nivel interno.
- (12) En el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), la Corte IDH examina la convencionalidad de la sanción penal impuesta por el delito de difamación al periodista Mauricio Herrera Ulloa, luego de publicar siete artículos denunciando la corrupción de un funcionario público costarricense. El tribunal señaló que las acciones del periodista estaban comprendidas tanto por la dimensión individual como social de la libertad de expresión. En esta se pronuncia también sobre el concepto de ‘interés público’ como parámetro para evaluar las sanciones a periodistas y otras personas que actúan en ejercicio de este derecho.
- (13) En el caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de Venezuela por violar los derechos a la libertad de expresión, participación política, y demás garantías del debido proceso del Sr. Tulio Alberto Álvarez Ramos. En este sentido, fue condenado por el delito de difamación agravada continuada luego de publicar un artículo de opinión sobre supuestas irregularidades en el manejo de la Caja de Ahorros de la Asamblea Nacional de Venezuela. La condena, además, impuso su inhabilitación política. El tribunal sostuvo que la nota publicada por Álvarez contenía información de interés público, pues la persona a la que se refería era funcionario público en la época de los hechos y el tema tratado era de relevancia pública.
- (14) En el caso Baraona Bray vs. Chile (2022), la Corte IDH condena al Estado Chileno por la violación del derecho a la libertad de expresión del Sr. Carlos Baraona Bray, defensor de causas ambientales quien fue condenado por el delito de difamación ante tribunales nacionales por acusar a un senador chileno de haber apoyado la deforestación. A través de esta sentencia, el tribunal señala que las declaraciones u opiniones sobre temas ambientales y el rol de funcionarios públicos con relación a ello gozan de una protección especial por ser de interés público. También concluyó que las modalidades agravadas del artículo 417 del Código Penal con el que fue condenado el Sr. Baraona no cumplían con el principio de legalidad -mandato de precisión y determinación- por contener términos demasiado amplios como acusar a alguien de “vicios de moralidad”.
- (15) En el caso Palacio Urrutia vs. Ecuador (2021), la Corte IDH condenó a Ecuador por vulnerar una serie de derechos del periodista Emilio Palacio Urrutia y de los directivos del diario El Universo, quienes fueron condenados por el delito de “injurias calumniosas graves contra la autoridad” y recibieron una sanción civil con motivo de dicha condena. El tribunal consideró que el artículo de crítica hacia el entonces presidente Rafael Correa (titulado “NO a las mentiras”), por el que fueron condenados, gozaba de una protección especial por referirse a un asunto de interés público.
- (16) En el caso Moya Chacón vs. Costa Rica (2011), la Corte IDH condenó a Costa Rica por vulnerar los derechos a la libertad de pensamiento y expresión de los Sres. Ronald Moya y Freddy Parrales, quienes eran periodistas del diario La Nación. Luego de publicar una nota de prensa que reportaba la falta de supervisión de un jefe regional de la Fuerza Pública de un vehículo que contenía licores de contrabando, estos fueron querellados por los delitos de calumnia y difamación, y denunciados por una acción civil resarcitoria. Aunque ambos fueron absueltos de tales delitos, el tribunal de juicio reconoció la generación de un daño causado por actuación negligente y los condenó al pago de 5 millones de colones por daño moral, más costas personales (cerca de 9,600 dólares al tiempo). La Corte IDH sostuvo que la sanción civil no fue ni necesaria ni proporcional y que los Estados deben mantener mucha cautela al imponer reparaciones, dado el riesgo de desincentivar a la prensa de participar en asuntos de interés público.
- (17) En el caso Viteri Ungaretti vs. Ecuador (2023), la Corte IDH condena a Ecuador por las represalias sufridas por el Sr. Julio Rogeli Viteri Ungaretti, miembro de las Fuerzas Armadas y su familia, luego de denunciar graves irregularidades en la administración pública y hechos de corrupción dentro de la institución en noviembre de 2001.



debe ser protegida únicamente a través de sanciones civiles en casos de interés público⁽¹⁸⁾.

Un primer punto que respalda la tendencia a eliminar el poder punitivo para proteger el honor en estos casos es la protección reforzada que recibe la libertad de expresión cuando versa sobre temas de interés público (caso Baraona Bray vs Chile, párrafo 117). Esto, debido al valor instrumental que tienen estos discursos para una sociedad democrática (caso Ivcher Bronstein vs. Perú, párrafo 152). En el marco del debate público, se protege “no sólo la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública”, sino también aquellas que “chocan, irritan o inquietan a funcionarios públicos o a cualquier sector de la población” (caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafo 126).

En esa línea, la Corte IDH reconoce que el uso de expresiones chocantes o críticas pueden ser estrategias comunicacionales usadas por defensores de derechos humanos para “generar conciencia en la población en general” (caso Baraona Bray vs. Chile, párrafo 118). Esto, cabe señalar, es muy diferente a lo que es un discurso de odio que no se encuentra protegido por la libertad de expresión, conforme al inciso 5 del artículo 13 de la CADH⁽¹⁹⁾. De hecho, conforme lo define la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, los discursos de odio están prohibidos por estar destinados a “intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia contra una persona o grupo en base a su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual, discapacidad u otra característica grupal”⁽²⁰⁾.

Un segundo punto que promueve erradicar el poder punitivo para sancionar discursos de interés público pone el foco de atención en el efecto amedrentador que este genera sobre la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión. Esto es, en la capacidad de manifestar el propio pensamiento, y el de la colectividad de recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno.

En el caso Baraona Bray vs. Chile (2021), la condena contra el Sr. Baraona, un defensor de causas ambientales

querellado por sus denuncias públicas contra la deforestación tuvo como efecto que este se abstuviera de declarar sobre la tala ilegal o la conducta de funcionarios públicos en relación con el tema (párrafo 125). Por eso, la Corte IDH sostuvo que, además de afectar el ejercicio de su libertad de expresión, generó un “efecto amedrentador (*“chilling effect”*)” que inhibió la circulación de ideas, opiniones e información por parte de terceros, lo que, a su vez, fue una afectación al derecho a la libertad de expresión de otros (párrafo 127).

La Corte IDH ha señalado que los discursos protegidos por su interés público abarcan, aunque no se limitan, a aquellas conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. En base a estos casos estableció como criterio la prohibición convencional de la persecución de delitos contra el honor por considerar que, en tales casos, la conducta es *a priori* atípica. Esto se propuso para evitar el “*chilling effect*” causado por la sola apertura de un proceso penal contra quienes realizan una crítica pública, y, con ello, evitar debilitar y empobrecer el debate sobre cuestiones de interés público (párrafo 130). Como indica el magistrado Mudrovitsch en el caso Viteri Ungaretti y Otros vs Ecuador (2023):

Cuando el sustrato fáctico-probatorio indica que se trata de manifestaciones en el contexto de un debate sobre asuntos de interés público, no existe una ponderación -a realizar por el magistrado en el caso concreto- entre libertad de expresión y honor individual; prevalece de antemano la primera, cerrando la puerta a la reprimenda penal (voto concurrente, párrafo 21).

Ciertamente, la tendencia de la Corte IDH sobre los discursos protegidos de interés

- (18) Artículo 10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público [énfasis agregado]. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.
- (19) Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 5) Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.
- (20) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2004). Cap.VII. Las Expresiones de Odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expresiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>



público frente al poder punitivo se ha centrado, aunque no lo limita, en casos vinculados a funcionarios públicos. Sobre este punto se ha construido el criterio de “mayor umbral de tolerancia” de personas que influyen en cuestiones de interés público por estar expuestas voluntariamente al escrutinio y a la crítica del público (caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica; Moya Chacón y otros vs. Costa Rica). Ello es conforme al principio 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que establece lo siguiente: “Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad”⁽²¹⁾.

Eso no significa que el honor de estas personas no está protegido jurídicamente, sino que debe estarlo acorde a los principios del pluralismo democrático; pudiendo recurrirse a medidas alternativas, como la vía civil, la rectificación o las disculpas públicas (caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, párrafo 124). Cabe precisar, sin embargo, que como señala el tribunal, la razón detrás de esta exigencia no se asienta en la calidad del sujeto, sino “en el interés público de las actividades que realiza” (caso Usón Ramírez vs. Venezuela, párrafo 83).

La Corte IDH ha sido decisiva en sostener que la protección de estos discursos frente al poder punitivo es mayor si la persona presuntamente afectada es un funcionario público. En estos casos, ha priorizado de los tres criterios usados para medir si un discurso es de interés público⁽²²⁾, el elemento subjetivo, la condición de funcionario, por sobre el elemento material, que el tema tratado sea de relevancia pública, o el elemento funcional -que la persona haya ejercido como funcionario en los hechos relacionados⁽²³⁾.

Dado que estos últimos, a diferencia del primero, tendrían que ser dilucidados en el marco de un proceso penal, se recurre al primer criterio, pues es de directa constatación, con lo cual se evita el efecto intimidatorio de un proceso penal, pues “el mero sometimiento de una persona a un proceso penal -no solo su eventual condena- puede tener un efecto indirecto de restringir la libertad de expresión y enfriar el sano ambiente de debate sobre los temas de interés público”⁽²⁴⁾ (voto concurrente

del juez Mudrovitsch, caso Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador, párrafo 15). En otras palabras, si el supuestamente afectado en su honor es un funcionario público, debe, en principio, prevalecer el ejercicio de la libertad de expresión y no debería si quiera iniciarse un proceso penal por las declaraciones con relación a este.

Si, entonces, se presume *ex ante* la inconvencionalidad de la persecución penal de discursos de interés público, por ejemplo, en función a que el afectado es un funcionario, ¿dónde queda el test de proporcionalidad usado por la Corte IDH en su jurisprudencia para valorar la convencionalidad de las responsabilidades ulteriores? Sobre este punto, cabe señalar que este sigue siendo útil para evaluar qué otros remedios judiciales que no sean la vía penal pueden usarse para reparar el daño que pueda efectuarse al honor. Por ejemplo, la responsabilidad civil o de otra naturaleza, como ocurrió en el caso Viteri Ungaretti (2023). Sin embargo, que no sea considerado un delito no debe llevar a sostener que la consecuencia jurídica derivada de la expresión presuntamente atentatoria contra el honor no tenga límites. No hay que olvidar que, conforme indica la Corte IDH, la sanción civil desproporcionada puede generar efectos tan o más intimidantes e inhibidores para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal (2023, párrafo 74).

Ahora, que estos parámetros hayan sido desarrollados con relación a funcionarios públicos no implica que estos discursos

-
- (21) Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Adoptada por la CIDH en su 108 período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre de 2000. Artículo 11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-principios-libertad-expresion.pdf> (22) En síntesis, la Corte IDH señala que, para evaluar la existencia de un interés público debe considerarse: i) el criterio subjetivo, es decir, si la persona cuyo honor fue supuestamente violado era un funcionario público; ii) el funcional, es decir, si la implicación de la persona en los hechos denunciados tiene que ver con el ejercicio de su función pública; y iii) el material, vinculado con si el objeto de las declaraciones tiene relevancia pública.
- (23) Corte IDH. Caso Baraona Bray Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481. Voto concurrente de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párrafo 28; citando Corte IDH. Caso Baraona Bray Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, párrafo 128.
- (24) Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022.



estén protegidos de manera convencional solo cuando el afectado en su honor sea un funcionario público. Dependerá de los temas que el discurso ventile. Serán de interés público “aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes” (caso Baraona Bray vs. Chile, párrafo 114; caso Tristán Donoso vs. Panamá, párrafo 51). Por ejemplo, la Corte IDH ha señalado que cumple esta categoría los discursos vinculados a denuncias de temas medioambientales (caso Baraona Bray vs. Chile), o acusaciones de corrupción o abusos de autoridad (caso Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador, 2023; caso Alvarez vs. Venezuela, 2019).

Por el momento, la Corte IDH no se ha pronunciado sobre discursos vinculados a denuncias públicas por hechos de violencia sexual o de género, pero si el razonamiento es el mismo -siguiendo el criterio adoptado por los órganos de tratados que serán analizados en adelante-, y es esta sistémica violencia -así como su impunidad- un asunto de interés público, el resultado debiera ser el mismo, como veremos más adelante.

Sistema Universal

A nivel del SUDH también se han desarrollado parámetros que permiten medir cuándo un discurso se encuentra protegido o no por el legítimo derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 19 del PIDCP⁽²⁵⁾ y el artículo 19 de la DUDH⁽²⁶⁾, particularmente frente al honor de quien dice ser afectado por estas expresiones.

En esa línea, el Comité de Derechos Humanos (Comité de DDHH) en su Observación General 34 (2011) destaca, como lo hace la Corte IDH, que la libertad de expresión es una pieza angular de la democracia (párrafos 2, 3 y 13). En este sentido, conforme al artículo 19, solo puede ser restringida para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas; todo lo cual, son restricciones que deben estar contempladas en la ley y cumplir con los criterios de necesidad y proporcionalidad (párrafo 22).

Para este artículo, resulta relevante destacar los parámetros concernientes a la primera limitación vinculada al respeto

de los derechos o reputación de terceros. Conforme indica el Comité de DDHH, este límite a la libertad de expresión debe respetar los siguientes criterios para ser conforme al PIDCP: (i) no se puede utilizar para justificar el silenciamiento a defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos (párrafo 22); (ii) la expresión sobre figuras políticas e instituciones públicas debe darse sin inhibiciones (párrafo 38); (iii) las leyes sobre difamación deben incluir medios de defensa como la prueba de la verdad, y no aplicarse a formas de expresión que no pueden verificarse; (iv) no debe sancionarse los comentarios sobre figuras públicas que fueran veraces pero que fueron publicados por error y no con mala intención (párrafo 47); (v) el interés público en las críticas debe poder alegarse como defensa (párrafo 47); y (vi) los Estados Partes deben considerar despenalizar la difamación y en todo caso, la normativa penal solo debe aplicarse en los casos más graves y la pena de prisión no es nunca adecuada (párrafo 47).

En la misma línea, el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Promoción y Protección del derecho a la libertad de opinión y expresión ha instado a los Estados a derogar las disposiciones penales sobre difamación que autorizan a procesar a periodistas, y a limitar las sanciones civiles para que guarden proporción con el daño causado. En sus palabras, los procesos penales por difamación “inevitablemente se convierten en un mecanismo de censura política, lo cual contraviene la libertad de expresión y la libertad de prensa” (ONU, A/HRC/20/17, 2017).

La Relatora Especial, Irene Khan, por su parte ha reafirmado esta posición (2021)

(25) Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: (i) asegurar el respeto de los derechos o a la reputación de los demás; (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas.

(26) Artículo 19. 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.



al precisar que el derecho penal solo debe usarse en circunstancias muy excepcionales y graves de incitación a la violencia, odio o la discriminación (ONU, A/HRC/47/25, párrafo 89). En sus palabras “las leyes penales de difamación son un legado del pasado colonial y no tienen cabida en las sociedades democráticas modernas” (párrafo 89), motivo por el cual, recomienda que sean derogadas. Así lo expresó también en su más reciente informe (2023) al indicar que “las leyes penales de difamación deben derogarse allí donde existan y sustituirse, cuando sea necesario, por leyes civiles de difamación adecuadas” (párrafo 129).

Al igual que en el caso del SIDH, en lo que respecta a discursos sobre temas de interés público, los Relatores Especiales de la ONU, OSCE, OAS y ACHPR en materia de libertad de opinión y expresión han sido claros en señalar que, para asegurar el más alto nivel de protección de tales expresiones, los Estados deben abolir toda denuncia penal de difamación. Además, indican que estas deben ser reemplazadas por demandas civiles, las mismas que deben cumplir otros criterios de razonabilidad (2021).

De ello, se puede observar, por ende, que a nivel del SUDH, si bien la libertad de expresión y opinión puede ser objeto de limitaciones, en principio, estas deben ser estrictamente necesarias y proporcionales para proteger el honor de una persona. Ahora, en lo que respecta al poder punitivo, la *última ratio*, esta restricción es aún más excepcional si son discursos de interés público. Siguiendo la tendencia en el SIDH ha de despenalizarse la difamación ante una supuesta afectación al honor. Si ello no ocurriese, al menos, ha de ser utilizada únicamente en los casos más graves sin que exista de por medio una pena privativa de la libertad.

4. Las denuncias públicas por hechos de violencia sexual y de género

Las denuncias públicas, también conocidas como “escraches”, nacieron como una forma de justicia social ante la impunidad de graves violaciones a derechos humanos perpetradas durante la dictadura militar en Argentina y años después, a partir del movimiento *#MeToo* se transformaron en una herramienta para que colectivas feministas y víctimas denuncien a sus agresores (Echevarría Medina, 2022, p. 1). En este artículo, me centro en las denuncias formuladas en espacios públicos destinadas a exponer, criticar, cuestionar actos de violencia sexual y de género, y a sus responsables, por medio de las redes sociales, en casos en donde no es posible o deseable acudir a los canales formales dispuestos por el Estado para acceder a la justicia.

De acuerdo con Castellanos (2022), la denuncia pública se formula para visibilizar las violencias contra las mujeres y la vulneración de sus derechos humanos (p. 133). La

motivación es variada. Incluye desde difundir narrativas sobre las propias experiencias de victimización, la sanción social del responsable de estas violencias, la crítica hacia la impunidad que rodea a estos hechos y la cultura que la normaliza, las deficiencias del sistema de justicia para atender las necesidades de las víctimas, la definición tradicional o estereotipada de alguna de estas violencias -como la de carácter sexual-, entre otros. De todas estas, la impunidad de hecho y de derecho de delitos sexuales es una de las principales motivaciones para *escrachar* (Castellanos, 2022, p. 130).

Esta forma de responder a la violencia sufrida y, sobre todo, a la impunidad que le acompaña, por parte de víctimas y activistas adquirió protagonismo en el marco del movimiento social del *#MeToo* (o “Yo también”, en español). Este movimiento, que en 2006 creó la activista estadounidense Tarana Burke en Twitter [hoy “X”], surgió para concientizar sobre la extensión del abuso y la agresión sexual en nuestras sociedades. En 2017, el movimiento se viralizó a nivel global con miles de mujeres víctimas de acoso y/o violencia sexual compartiendo sus experiencias para alertar, empoderar y generar solidaridad con otras víctimas que hubieran sufrido lo mismo (Pellegrini, 2018).

Las denuncias públicas se convirtieron, así, en una salida para dar voz a las víctimas-sobrevivientes que por años habían callado las experiencias de violencia vividas. Por medio de estas plataformas digitales, muchas lograron entender mejor sus procesos de victimización sexual y las formas en las que se expresa la impunidad que permite reproducirla; lograron construir redes de apoyo y validación pública; romper el silencio y subvertir las narrativas dominantes que normalizan la violencia sexual (Fileborn, 2016; Peleg-Koriat & Klar-Chalamish, 2020; Strauss Swanson & Szymanski, 2020). En su mayoría, las víctimas no solo buscaban una forma de hallar justicia para sí mismas, sino también para otras con las que expresaban un sentir de solidaridad. Parte encontró en los mecanismos de denuncia informal una mejor satisfacción de sus expectativas de justicia que el sistema estatal no lograba colmar (Hoffman, 2021).



En el Perú, no debe obviarse que, conforme recoge la ENDES (2023), del total de mujeres que vivieron violencia, al 2022, solo el 29% buscó ayuda en alguna institución⁽²⁷⁾, cifra similar en los últimos años, principalmente en una comisaría (81.5%). Acorde a cifras de la ENARES (INEI, 2019), además, del 19.2% de mujeres víctimas de maltrato físico, agresión verbal o sexual que solicitaron ayuda a una institución, entre las razones por las cuales el 28.6% no realizó una denuncia estaban porque en su mayoría (38.4%) (i) no se la aceptaron en una comisaría, (ii) los funcionarios le dijeron que el agresor iba a cambiar (26.2%), (iii) le dijeron que el trámite sería largo (10%), (iv) que no procedía la denuncia (3.2%), entre otros.

La exposición pública de los testimonios ha sido clave para desmitificar la violencia sexual. Esta permitió cuestionar las narrativas dominantes que reproducen la violencia; por ejemplo, desafiar el estereotipo de la víctima ideal al mostrar la heterogeneidad de este grupo, o las formas arquetípicas de entender la violación sexual (Miró Quesada, 2023). Al evidenciar con sinceridad las violencias sexuales en las distintas formas en las que se expresa, y criticar la gravedad de estos hechos, más mujeres lograron nombrar la violencia, condenarla y denunciarla. Estudios han demostrado que el efecto del movimiento social del *#MeToo* ha generado que más víctimas denuncien sus experiencias de violencia sexual porque cambian sus percepciones sobre esta violencia, considerándola en adelante, un problema serio (Levy & Mattson, 2023).

Las denuncias públicas por hechos de violencia sexual o de género, sin embargo, trajeron pronto consecuencias indeseadas para las víctimas u otras denunciantes que alzaron sus voces a través de estas plataformas al ser objeto de denuncias penales o demandas civiles por difamación. Estas han sido etiquetadas también como formas de instrumentalización de la denuncia, que en doctrina recibe el nombre de “SLAPP” (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*), lo que en español se traduce como “demandas estratégicas contra la participación pública” (Gray, 2024, p. 186).

Tal como lo reconoce la Corte IDH, el uso de estas denuncias sirve el propósito de intimidar o silenciar a personas críticas, activistas, periodistas u opositores políticos (caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador, párrafo 95). La idea es instrumentalizar el sistema de justicia a través de la presentación de denuncias para drenar a las y los denunciados de recursos financieros que deben invertir en costear sus defensas legales y en años de procesos litigados ante las instancias judiciales. Se busca, de esa manera, presionar a los denunciantes para que se desistan de sus denuncias y con ello, censurarlos. Como ha advertido la Corte IDH, esta clase

de judicialización puede generar un efecto disuasorio sobre el derecho a la libertad de expresión (Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador, párrafo 124). Por ello, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH recomienda regular estas prácticas para sancionarlas, o adoptar criterios judiciales para desestimar los reclamos cuando carecen de fundamento (2022, párrafo 76).

En el caso de las difamaciones contra víctimas sobrevivientes de violencia de género, estas también han sido calificadas como tácticas usadas por los agresores bajo el nombre de DARVO (en inglés, “Deny, Attack, and Reverse Victim and Offender”), que se traduce al español como “Negar, atacar y revertir [el rol] de la víctima y el agresor” (Quinonez & Kuennen, 2023; Gray, 2024). Esta estrategia fue identificada por Freyd (1997), en base a observaciones realizadas a agresores sexuales que, al ser confrontados con las acusaciones en su contra, no sólo las negaban, sino que atacaban la credibilidad de las víctimas y las calificaban como las “verdaderas” agresoras, considerándose ellos las “víctimas” de una acusación falsa. El propósito de estas tácticas es revertir los roles, tal como lo hace la denuncia por el delito de difamación, por lo que las víctimas se vuelven victimarias y el agresor se convierte en una víctima ante el sistema de justicia.

En 2021, la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Irene Khan identificó este fenómeno en su informe sobre igualdad de género y libertad de expresión, en el que sostuvo lo siguiente:

22. En un giro perverso en la era del movimiento *#MeToo*, cada vez son más las mujeres que, al denunciar públicamente a presuntos autores de actos de violencia sexual en línea, son demandadas por injurias o acusadas de difamación criminal o falsa denuncia de delitos. El uso del sistema de justicia como arma para silenciar a las mujeres alimenta la impunidad y socava la libertad de expresión [énfasis agregado] (A/76/258, párrafo 22).

(27) En el ámbito nacional, el porcentaje de mujeres que buscaron ayuda en una institución fue 29.2% en 2017; 28.9% en 2018; 29.5% en 2019; 26.2% en 2020; 29.3% en 2021 y 29.1% en 2022. Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática – Encuesta Demográfica y de Salud Familiar.



En la misma línea, la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, Dupravka Simonovic, en un informe sobre violencia de género contra mujeres y niñas en línea (2018) señaló:

La violencia contra la mujer facilitada por las TIC⁽²⁸⁾ también pueden cometerse en el lugar de trabajo o mediante los denominados actos de violencia “por motivos de honor” o de violencia doméstica cometidos por parejas íntimas. Cada vez es más frecuente que las mujeres que denuncian estos abusos en línea sean amenazadas con demandas judiciales, por ejemplo, por difamación, con el objeto de impedir que denuncien su situación. Dicha conducta puede formar parte de un patrón de violencia doméstica y maltrato [énfasis agregado] (párrafo 31).

En similar línea, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (2023), en su Informe Especial sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Perú señaló que los procesos judiciales iniciados contra mujeres que denuncian públicamente hechos de violencia de género tienen como efecto “silenciar las voces de las víctimas de violencia de género, y particularmente de violencia sexual, quienes ya de por sí encuentran numerosos obstáculos para acceder a la justicia” (párrafo 232). De ahí que, añade, es necesario que los Estados adopten medidas positivas para promover la libertad de expresión y participación ciudadana de grupos históricamente excluidos como son las mujeres (párrafo 236). En estos casos, precisa que el discurso de las mujeres que denuncian violencias por su condición de mujer, que reclaman el respeto a sus derechos, “son discursos históricamente acallados y deben ser especialmente protegidos en la actualidad” (CIDH, 2022, párrafo 105 y 260).

Sin duda, la magnitud del problema de las querellas contra víctimas u activistas que han denunciado públicamente actos de violencia sexual o de género ha generado en los últimos años una creciente preocupación por parte de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Tras los pronunciamientos de las Relatoras Especiales de Naciones Unidas antes mencionados, el 03 mayo de 2022, día internacional de la prensa, fue emitida una declaración conjunta sobre libertad de expresión y justicia de género en la que reconoce la problemática (en adelante, la “Declaración”)⁽²⁹⁾.

La referida Declaración igualmente señala en su preámbulo el valor fundamental de la libertad de expresión para el empoderamiento de las mujeres, la igualdad, el disfrute de sus derechos y participación en la vida pública. También destaca la relación indivisible e interdependiente entre la igualdad de

género y la libertad de opinión y expresión, así como la necesidad de eliminar barreras estructurales y sistémicas y crear un entorno propicio para que las mujeres puedan participar en condiciones de igualdad en la esfera privada, pública y política.

Además, la Declaración condena la violencia sexual y de género, junto con los prejuicios sociales arraigados, entre otros, que impiden a mujeres disfrutar de la libertad de expresión en igualdad de condiciones. Específicamente, reconoce con alarma “el creciente uso de demandas frívolas y vejatorias para disuadir a las mujeres de participar en la vida pública o de denunciar a los presuntos autores de violencia sexual y de género”.

En esa línea, al desarrollar las restricciones a la libertad de expresión que, conforme al artículo 19, inciso 3 del PIDCP, deben cumplir con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, destaca lo siguiente:

Las mujeres que denuncian públicamente a los presuntos autores de la violencia sexual o de género no deben ser acusadas de difamación penal, ni perseguidas por denuncia falsa de delitos, ni ser objeto de demandas por difamación frívolas o vejatorias. Cuando las mujeres denuncian la violencia sexual y de género, los Estados deben garantizar que dicha expresión goza de una protección especial, ya que la restricción de dicha expresión puede obstaculizar la erradicación de la violencia contra las mujeres. Los Estados deben despenalizar todas las acciones de difamación e injurias, y promulgar una legislación exhaustiva para desalentar los casos de difamación vejatorios o frívolos y las demandas estratégicas contra la participación pública (SLAPPs) que pretenden intimidar y silenciar a las mujeres y apartarlas de la participación pública [énfasis agregado].

Así, esta Declaración representa un posicionamiento firme de las Relatorías Especiales en materia de libertad de expresión de los sistemas de protección de derechos humanos a nivel universal y regional en

(28) Tecnologías de la Información y Comunicación.

(29) La Declaración fue firmada por la Relatora Especial ONU para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información.



contra de la persecución penal de quienes formulan denuncias públicas por hechos de violencia sexual y de género. No sólo indica que los Estados no deben usar el poder punitivo para este propósito, sino que deben brindar una protección especial a estos discursos, tal como la reciben los discursos de interés público por hechos de corrupción.

Pero, además, agrega una particularidad: la restricción a la libertad de expresión en estos casos puede petardear la obligación de los Estados de erradicar la violencia contra las mujeres, la misma que deriva de tratados internacionales como la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o Belem do Pará. Con ello, articula la indelible relación entre la libertad de expresión y el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, tal como lo reconoce la Observación General 35 del Comité CEDAW (CEDAW/C/GC/35, párrafo 15).

5. El fallo de la Corte Constitucional de Colombia sobre los “escraches”

A nivel comparado, las sentencias emitidas por la Corte Constitucional Colombiana (T-361/19, T-275/21, T-289/21, T-356/21, T-061/22 y T-241/23) sobre los “escraches” son las más ilustrativas⁽³⁰⁾ para resolver los conflictos entre el derecho al honor y al buen nombre, y el derecho a la libertad de expresión frente a la difusión de denuncias públicas sobre hechos de violencia sexual y de género en las redes sociales.

Este tribunal ha reconocido desde hace ya un tiempo la legitimidad de este mecanismo de justicia informal para cuestionar prácticas estatales y sociales de discriminación, por tratarse de discursos de interés público. Para efectos de esta sección, me voy a detener en analizar una de estas sentencias (T-275/21) en el que la Corte Constitucional Colombiana (en adelante, CCC) usó por primera vez el término “escrache”, sin perjuicio de recurrir a referencias de otros fallos más recientes de la CCC.

En dicha sentencia, la CCC consideró que las denuncias públicas, sean individuales o colectivas, de violencia contra mujeres constituyen, *prima facie*, un ejercicio legítimo de la libertad de expresión que goza de protección constitucional reforzada. Sobre la base de esta, se han dado otras que han ratificado el carácter reforzado de protección del escrache, y la no exigibilidad de las cargas de veracidad e imparcialidad a la víctima denunciante (T-289/21); que han reiterado las barreras que enfrentan las mujeres víctimas de violencia y acoso sexual para acceder a la justicia y recibir protección (T-356/21 y

T-061/22); y que han reconocido la práctica como un mecanismo de denuncia alternativo ante las omisiones institucionales, en donde incluso el anonimato de la denunciante permite proteger su integridad, intimidad y seguridad (T-241/23).

Vayamos entonces al caso en cuestión. Los hechos están vinculados a la difusión de una denuncia pública contra un señor de nombre Pedro Pérez, quien, en un episodio de trastorno psicótico agudo, irrumpió desnudo en el departamento de la familia del Sr. Sandro Santa, golpeó a su hija y le dijo que “*él era Dios, ella María y que venía a engendrar a Jesús*”. Esto fue denunciado ante la policía por el Sr. Santa, quien informó a sus vecinos que el Sr. Pérez había agarrado los senos de su hija y realizado “*acciones depravadas*” sobre el cuerpo de la menor.

A partir de ello, una de sus vecinas, la Sra. Mónica Muñoz publicó en sus cuentas de Facebook y Twitter y en grupos de Facebook este incidente, señalando que el Sr. Pérez era un “*mal nacido hijo de puta drogado*” que había ingresado al apartamento del Sr. Santa con la “*intención de abusar sexualmente*” de su hija menor de edad. Esta publicación fue luego compartida mediante una pieza gráfica por parte de colectivos feministas en sus redes sociales. A raíz de ello, el Sr. Pérez denunció al Sr. Santa, a la Sra. Muñoz y a las administradoras de las cuentas de Facebook e Instagram de los dos colectivos feministas por vulnerar sus derechos fundamentales a la intimidad, honra, imagen, buen nombre, dignidad humana y presunción de inocencia.

En esa línea, es pertinente destacar del fallo lo siguiente: (i) el ámbito de protección de la libertad de expresión y de información, y el concepto de las cargas de veracidad e imparcialidad del emisor como límites al ejercicio de tales libertades; (ii) la libertad de expresión ejercida por mujeres en medios digitales para denunciar actos de discriminación y violencia como una ‘válvula de escape’ cuando la justicia institucional

(30) Si bien a nivel comparado, existen más fallos en otros países como los casos Muller c. Brion en Francia; Mobashar Jawed Akbar v. Priya Ramani en India; o Alekey Migunov v. Yekaterina Federova y otras en Rusia, dada la cercanía de la Corte Constitucional de Colombia a la realidad regional, así como el prestigio de dicho tribunal en materia constitucional, se ha considerado que la jurisprudencia emitida por esta es la más idónea para dar luces sobre los casos ventilados en el Perú.



resulta deficiente; y (iii) la metodología aplicable por el tribunal para resolver la tensión entre estos derechos. Veamos cada uno de estos.

5.1. Las cargas de veracidad e imparcialidad como límite a la libertad de información

La CCC entiende que dentro del derecho a la libertad de expresión está comprendido la libertad de información y de opinión o expresión *strictu sensu* (párrafo 89). Con relación a la libertad de información esta comprende el derecho de las personas de informar y recibir información veraz e imparcial. Es un derecho comunicacional de doble vía que protege al emisor que divulga una noticia y al receptor que conoce el mensaje. Por tanto, su ejercicio supone responsabilidades para quien la ejerce, sean estos, particulares, periodistas o medios de comunicación, los que, como regla general, deben cumplir con cargas de veracidad e imparcialidad (párrafo 91).

Estas cargas, que definen cuándo se actúa dentro de los límites de la libertad de información, si bien fueron aplicables al fallo objeto de análisis donde los denunciados no eran víctimas directas de la violencia denunciada, la CCC en su jurisprudencia posterior sostuvo que tales no serían aplicables al emisor que denuncia experiencias personales que ha vivido (T-289/21). Si las denuncias son realizadas por la víctima, las cargas no se aplican porque esta tiene convencimiento propio de sus vivencias personales, con mayor razón si se trata de delitos sexuales, dado el contexto de intimidad en el que ocurren. En palabras de la Corte, estas exigencias serían “desproporcionadas, niegan la experiencia de la víctima y pueden resultar revictimizante” (párrafo 96). Si, en cambio, los denunciados son terceros, colectivos o medios de comunicación, sí aplicará esta regla, pero de manera menos rígida y exigente (T-241-23 párrafo 91). Es respecto de estos grupos, entonces, que deberá valorarse el grado de cumplimiento de estas cargas.

En esa línea, las cargas de veracidad implican el deber del emisor de ser lo suficientemente diligente para sustentar fácticamente sus afirmaciones, pero no significa que estas deben ser “indudablemente verdaderas”. Esta carga, afirma la CCC, se transgrede cuando el emisor publica información falsa por negligencia o imprudencia, comparte un juicio de valor que presenta como si fuera un hecho “cierto y definitivo”, o alega hechos que se sustentan en rumores, invenciones o malas intenciones que buscan inducir a error o confusión al receptor. Por otro lado, las cargas de imparcialidad obligan al emisor a contrastar la información que publica con versiones diversas y posiciones (párrafo 92).

Hasta ahí, esta regla que delimita la protección constitucional de la libertad de información muestra semejanzas con la jurisprudencia peruana en cuanto a los alcances del derecho fundamental a la libertad de expresión cuando esta contiene hechos. Coincide, por tanto, en el criterio asumido por el TC,

y la Corte Suprema, de que el deber del emisor es respecto a la “verosimilitud de la información”, haciendo alusión no a la exigencia de compartir una “verdad absoluta”, sino a adoptar una actitud diligente al recabar y compartir información. Ello requiere analizar si la información divulgada cumple con el ‘test de veracidad’.

Con relación a las expresiones que contienen “opiniones”, por su parte, lo que la CCC llama libertad de opinión o expresión *strictu sensu*, esta protege la transmisión del pensamiento, opiniones, ideas, informaciones personales, donde predomina la subjetividad del emisor (párrafo 93). De ahí que sostenga el tribunal que sus límites son más reducidos que el de la libertad de información porque pertenece a la conciencia de quien opina. En principio, las cargas de veracidad e imparcialidad no le son exigibles a la libertad de opinión, salvo cuando la opinión lleva un contenido fáctico (párrafo 94).

En esa línea, la CCC reconoce que, al amparo de estas libertades, las personas tienen derecho a denunciar públicamente presuntos hechos delictivos y no están obligadas a esperar a que se produzca una sentencia condenatoria para informar sobre ello. Incluso, pueden realizarlas cuando los órganos jurisdiccionales estatales han resuelto en sentido contrario al esperado. Por ejemplo, han archivado una investigación o absuelto a quien fue sindicado de cometer un delito. Como señala la CCC, “la facultad de los particulares de publicar este tipo de denuncias parte del supuesto de que nadie, ni siquiera los poderes públicos, se pueden atribuir el dominio exclusivo sobre la verdad” (párrafo 95).

Ciertamente, la publicación y divulgación de estas noticias puede afectar de manera desproporcionada o irreparable los derechos fundamentales de las personas acusadas públicamente. Es por ello que la CCC exige que el derecho a la denuncia de hechos presuntamente delictivos cumpla con límites internos como (i) el cumplimiento de las cargas de veracidad e imparcialidad; y (ii) la prohibición de incurrir en conductas de persecución, hostigamiento o ciberacoso; así como límites externos, que tienen que ver



con cómo se armoniza la divulgación de esta noticia con los derechos fundamentales del acusado para evitar afectaciones desproporcionadas e ilegítimas. En este último caso, precisa que los emisores no deben reemplazar a las autoridades de la República en la adjudicación de responsabilidad de tipo penal, por tanto, deben evitar afirmar que un individuo ha sido declarado penalmente responsable si este no ha sido condenado y procurar usar formas condicionales o dubitativas en el lenguaje utilizado (párrafo 98).

Hay que señalar que, así como en Perú, en Colombia, la figura de la *exceptio veritatis* permite al emisor eximirse de responsabilidad penal frente a una eventual transgresión de los derechos fundamentales al honor y a la buena honra, si este acredita la veracidad de las informaciones divulgadas. Sin embargo, en ambos países⁽³¹⁾⁽³²⁾ esta posibilidad está excluida en la ley penal⁽³³⁾ en imputaciones referidas a la intimidad personal y familiar o a delitos contra la libertad sexual. Ello, empero, cambió en Colombia con el fallo C-222, en el que la CCC sostuvo que esta excepción, si bien busca proteger los derechos a la vida privada e intimidad del querellante, es desproporcionada y afecta gravemente la libertad de expresión de víctimas de delitos contra la libertad sexual que denuncian públicamente sus vivencias. Por eso, declaró que el artículo solo es constitucional si la *exceptio veritatis* es aplicable también cuando las imputaciones de conductas denunciadas de carácter sexual son de interés público y tienen el consentimiento de la víctima (párrafo 134). Esta debiera ser la interpretación también en el caso peruano, pues solo así se podría proteger el derecho a la igualdad, a la defensa y contradicción de las víctimas de delitos que ocurren en la intimidad, permitiéndoles probar la veracidad de lo afirmado en su denuncia pública.

Otra restricción al uso de la *exceptio veritatis* que aparece en la ley peruana -cuya versión similar fue declarada inconstitucional en Colombia en la sentencia C-417- es cuando

la imputación del hecho punible, en casos de difamación calumniosa, ha sido materia de absolución definitiva. Esto quiere decir que el querellado no podría probar la veracidad de las imputaciones que denuncia públicamente si el presuntamente difamado ha sido absuelto de estos cargos en un proceso penal distinto. Si bien la absolución no comprende el archivamiento de un caso en sede fiscal, que ocurre antes de llegar a juicio (como sí lo comprendía el caso colombiano), a opinión de la CCC, igualmente es inconstitucional porque limita absolutamente las libertades de expresión e información “al establecer que la verdad judicial surgida de los procesos penales no puede ser contradicha” (párrafo 120).

Más allá de las críticas a estas restricciones en el uso de la *exceptio veritatis*, para efectos de este trabajo, importa destacar que el alcance del deber de veracidad e imparcialidad aplicable a terceros que realizan escraches deberá calibrarse en cada caso en función de (i) la gravedad de las acusaciones, (ii) el sujeto emisor; y (iii) el medio de difusión.

En el caso concreto de las libertades informativas en el ámbito del Internet y redes sociales, la CCC ha reconocido que estas han sido democratizadas en dicho espacio, ya que más personas pueden recibir, buscar y difundir contenidos. Sin embargo, estas plataformas tienen características que deben considerarse al evaluar el impacto

(31) Código Penal del Perú. Artículo 134.- El autor del delito previsto en el artículo 132 puede probar la veracidad de sus imputaciones sólo en los casos siguientes:

1. Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.
2. Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida.
3. Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia.
4. Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido.

Si la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena.

(32) Código Penal de Colombia. Artículo 224. No será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores quien probare la veracidad de las imputaciones.

Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba:

(...)

2. Sobre la imputación de conductas que se refieran a la vida sexual, conyugal, marital o de familia, o al sujeto pasivo de un delito contra la libertad y la formación sexuales.

(33) Código Penal. Artículo 135.- No se admite en ningún caso la prueba:

1. Sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero.
2. Sobre cualquier imputación que se refiera a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo comprendido en los Capítulos IX y X, del Título IV, Libro Segundo.



de la expresión divulgada: (i) su amplia accesibilidad; (ii) la autonomía de los emisores de determinar el contenido de los mensajes difundidos; (iii) la inmediatez con la que se difunde la información a un número alto de destinatarios; (iv) la indisponibilidad, en ciertos casos, de mensajes publicados e incorporados ya a una red social, pues estos pueden ser difundidos de forma espontánea por otros usuarios. Estas particularidades generan que los emisores, con exclusión de la víctima denunciante, deban ser especialmente diligentes frente a las cargas de veracidad e imparcialidad.

5.1.2. Denuncias públicas para denunciar actos de discriminación y violencia como “válvula de escape”

Tomando en cuenta los parámetros antes señalados, la CCC se adentra en el uso de las redes sociales para reivindicar la igualdad entre hombres y mujeres, concentrándose en las denuncias públicas formuladas por mujeres de actos de discriminación, violencia, acoso, y abuso de los que son o han sido víctimas. Para el tribunal, estas últimas, *prima facie*, constituyen un ejercicio legítimo de la libertad de expresión que goza de protección constitucional reforzada. En sus palabras:

Informan y sensibilizan a la sociedad sobre problemáticas de interés público, permiten crear redes de solidaridad entre las víctimas y tienen un valor instrumental para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, en tanto contribuyen a la prevención, investigación y sanción de los actos de discriminación y violencia (párrafo 104).

Por ese motivo, y debido a las barreras económicas, sociales y culturales que enfrentan las mujeres para denunciar de forma institucional, para la CCC, los espacios y foros de denuncia en redes deben ser amplificados, no silenciados. De ahí que considere que la sociedad y el Estado deben proteger a las mujeres que usan estas redes como una “válvula de escape” cuando los medios judiciales o administrativos de defensa de sus derechos son insuficientes o no colman sus necesidades de justicia. Así, señala que impedir a mujeres, periodistas y usuarios de redes publicar o divulgar denuncias veraces e imparciales hasta que el agresor no sea condenado inhibiría la libertad de expresión e información en medios digitales, invisibilizaría las denuncias de las víctimas y profundizaría la discriminación de género (párrafo 104).

Siguiendo el razonamiento esbozado, entonces, a fin de racionalizar el derecho a la denuncia, y armonizar la libertad de expresión con otros derechos fundamentales e intereses constitucionales, la CCC indica que los emisores de estos contenidos deben: (i) respetar las cargas de veracidad e imparcialidad, entendiéndose ser diligentes, salvo que el denunciante sea la víctima directa del hecho denunciado públicamente; (ii) no incurrir en conductas de hostigamiento, acoso, linchamiento digital; (iii) respetar la presunción de inocencia, entendiéndose no decir que han sido condenados por un delito por el que no lo han sido; y (iv) no causar afectaciones desproporcionadas y arbitrarias a la honra y buen nombre de

los acusados (párrafo 106). La dimensión de estas cargas, deberes y responsabilidades deberá realizarse en cada caso concreto, para lo cual propone una metodología que será compartida en el siguiente punto.

Cabe reiterar que la CCC señala claramente que las denuncias sobre hechos de violencia contra la mujer y los menores de edad son de interés público y, por ende, son objeto de protección constitucional reforzada (párrafo 146). En el caso de las colectivas feministas que replican o reproducen una denuncia, sostuvo, por un lado, la protección del anonimato de sus integrantes como parte esencial de la libertad de expresión de internet; y por el otro, que la exigencia de veracidad e imparcialidad es menor que la que tienen los autores del contenido del mensaje (párrafo 152). A criterio de la Sala, sí se exige, empero, un mínimo de veracidad e imparcialidad si los emisores tienen un alto grado de credibilidad frente a sus audiencias, y un número de seguidores significativo.

5.1.3. Metodología para ponderar entre la libertad de expresión con el honor y el buen nombre

Frente a la tensión entre los derechos antes señalados, la Sala, entonces, propone, en primer lugar, darle un estatus de prevalencia a la libertad de expresión *a priori*, debido a la importancia que tiene para el sistema democrático. Para la CCC, el juez que resuelva estos casos debe partir de la primacía de la libertad de expresión, y es, más bien, el presuntamente afectado en su honor quien tiene la carga de desvirtuar la presunción de cobertura y de prevalencia de forma convincente (párrafo 109). Es decir, debe acreditar que el discurso no está cubierto por la libertad de expresión por presentar información falsa o parcializada.

Tras establecer estos presupuestos, el juez debe realizar un juicio de ponderación entre estos derechos para determinar una relación de prelación de uno sobre el otro en el caso concreto. Para ello, exige realizar tres pasos: (i) evaluar el grado de afectación de una publicación o divulgación en el derecho al honor y buen nombre del acusado públicamente; (ii) definir el alcance o grado de protección de la libertad de expresión al discurso publicado; y (iii) comparar la



magnitud de la afectación en los derechos al honor y buen nombre, en relación con el grado de protección que la libertad de expresión otorga a este discurso para determinar qué derecho prima (párrafo 110). Vamos a desagregar estos tres niveles de análisis.

A) Grado de afectación al honor y al buen nombre

Sobre el primer punto, señala la CCC (párrafo 111) que el grado de afectación a los derechos al honor y al buen nombre del acusado exige tomar en cuenta: (i) el contenido del mensaje; (ii) el grado de controversia sobre el carácter difamatorio; y el (iii) impacto de la divulgación. Siguiendo estos tres criterios, primero, se sostiene que un mensaje que permite identificar fácilmente al acusado tiene mayor potencialidad de afectación que uno genérico. Luego, un mensaje con contenidos y significados cuyo carácter difamatorio es debatible tendrá menos impacto que uno sobre el que existe mayor consenso desde una perspectiva objetiva y neutral.

Con relación al impacto de la divulgación del mensaje, la CCC (párrafo 114) señala que este dependerá de varios factores. Primero, de la persona que emite al mensaje. Por ejemplo, dada la mayor credibilidad de periodistas y medios de comunicación, sus publicaciones podrían generar mayor afectación en la honra y el buen nombre. En este punto, también debe considerarse las cargas de veracidad e imparcialidad del emisor y si acaso, le son exigibles. Segundo, del sujeto afectado. Si es un funcionario público, se espera de él mayor tolerancia a las críticas. Pero si es un sujeto de especial protección constitucional, como lo es un menor de edad, tendrá que considerarse la situación de desventaja en la que se encuentra para defenderse y replicar la información difundida sobre sí.

Tercero, el medio de difusión. Esto exige evaluar la capacidad de penetración del medio y su impacto inmediato sobre la audiencia. Aquí hay que analizar dos elementos: la “buscabilidad” -la facilidad con la que se ubica, por medio de los motores de búsqueda, el sitio web donde está el mensaje- y la “encontrabilidad” -la facilidad para hallar el mensaje en ese sitio web-. A mayor buscabilidad y encontrabilidad, mayor será el impacto. Cuarto, se debe analizar la periodicidad de la publicación. Las publicaciones que son reiteradas en el tiempo e insistentes tendrán un mayor impacto que las que aparecen apenas por 24 horas en la red -por ejemplo, las *historias* del Instagram.

B) Grado de protección de la libertad de expresión

Luego de determinar el alcance de la afectación en los derechos al honor y buen nombre, veamos el segundo punto: determinar el grado de protección que da la libertad de expresión al discurso presuntamente *difamatorio*. Aquí, también debe desagregarse el análisis y evaluar: (i) la calidad del sujeto titular de la libertad de expresión; (ii) la faceta de la libertad de expresión ejercida; (iii) el contenido del discurso y (iv) la

exceptio veritatis.

Sobre la calidad del sujeto titular del derecho a la libertad de expresión, esta varía en función de si se trata de un funcionario público, un particular, un periodista o un sujeto de especial protección constitucional. En la jurisprudencia colombiana, así como en la peruana, el ámbito de protección de la libertad de expresión de un funcionario es menor que el de los particulares. Los periodistas y personas sujetas a especial protección, por su parte, gozan de una protección reforzada, y toda restricción que pueda realizarse hacia sus expresiones debe analizarse con especial cautela y no constituir un acto discriminatorio. En su sentencia T-241, la CCC sostuvo que, si el emisor es una presunta víctima de violencia sexual, física y psicológica, se trata de un sujeto de especial protección constitucional (párrafo 115).

En cuanto a la faceta de la libertad de expresión, ya lo sostuvimos líneas atrás: la opinión tiene una protección reforzada y menos limitaciones que la información, sobre la que debe cumplirse cargas de veracidad e imparcialidad. Sin embargo, cuando se trata de denuncias públicas que realizan las víctimas directas, si bien el contenido no busca dar una opinión, sino narrar un hecho que se considera cierto, no le son aplicables las cargas de veracidad e imparcialidad. Con relación al contenido del discurso, los discursos especialmente protegidos -por ejemplo, los de interés público- tienen una protección reforzada; mientras que los discursos prohibidos -la apología al odio, a la violencia, la pornografía infantil, etc.- no están protegidos. En este caso, la CCC en su fallo T-241, ha reiterado que los escraches son discursos que tienen una protección constitucional reforzada (párrafo 115). Finalmente, debe evaluarse si el emisor, pese a haber afectado el honor y el buen nombre del acusado públicamente, puede eximirse de responsabilidad acreditando la exigencia de veracidad aplicable.

C) Comparación de la magnitud de afectaciones y remedio judicial

Hasta aquí, los criterios señalados permiten, por un lado, evaluar el impacto que tuvo la divulgación de la expresión presuntamente difamatoria, y por el otro, determinar el



alcance de la protección constitucional que recibe el discurso cuestionado bajo los estándares de la libertad de expresión. Toca, entonces, comparar estos análisis para establecer qué derecho prima sobre el otro. En otras palabras, evaluar si las afectaciones a los derechos al honor y buen nombre son compensadas por la satisfacción que recibe el proteger los discursos cuestionados.

El juicio de ponderación significa que un juez puede identificar una afectación de los derechos al buen nombre del accionante, pero considerar que esta no ha sido excesiva, y que sancionar la denuncia pública supondría una mayor afectación a la libertad de expresión. Tomando en cuenta los criterios antes señalados, debe considerarse no sólo el impacto en el honor o reputación del presuntamente agraviado, sino el grado de protección del discurso, más aún si son temas de interés público como los escraches y hay riesgos de censurarlos. En su fallo T-241, la CCC indicó que incluso una rectificación de la publicación podría (i) desincentivar fuertemente las posibilidades de la denunciante de reclamar justicia para su situación, (ii) generar un escenario de posible revictimización y de cuestionamiento a su relato; y (iii) cercenar un espacio que ha generado debates políticamente relevantes y avances en la protección de los derechos de las mujeres (párrafo 120).

Si al ponderar los grados de afectación de los derechos, prima la libertad de expresión, el discurso estará protegido constitucionalmente. Sin embargo, incluso en los casos en donde, un juez considera que se transgredieron los límites de este derecho, la CCC exige que el remedio judicial propuesto (i) esté orientado al logro de finalidades constitucionales imperiosas; (ii) contemple límites idóneos, necesarios y estrictamente proporcionales; (iii) y si la publicación se difunde por internet, se evalúe el impacto que tendría restringir estos discursos en dicho ámbito para la protección de otros intereses (párrafo 126). En otras palabras, que, en caso el juez encuentre responsabilidades ulteriores en el emisor del mensaje, las medidas que disponga deben ser las menos lesivas para los derechos en cuestión.

Volviendo, entonces, al caso en cuestión (T-275/21), la CCC consideró que no se vulneraron los derechos fundamentales a la honra y buen nombre del Sr. Pérez. Si bien las expresiones en su contra eran insultantes, no tuvieron relevancia y trascendencia *iusfundamental* porque no le causó daño moral o reputacional. Asimismo, las publicaciones en redes se encontraban constitucionalmente justificadas porque estaban protegidas por la libertad de información al cumplirse las cargas de veracidad e imparcialidad de los denunciantes y perseguir finalidades constitucionales importantes como es la erradicación de la violencia sexual y de género. Además, en las expresiones no se señaló que el Sr. Pérez fue condenado penalmente por la comisión de un delito, sino se usaron formas lingüísticas dubitativas, y no se incurrieron en actos de acoso, persecución o *cyberbullying* (párrafo 159).

6. Reflexiones finales

Las denuncias públicas sobre hechos de violencias de género son una respuesta a la impunidad que las rodeaba. Aunque los efectos de acudir a estos mecanismos de denuncia alternativa fueron, en principio, prometedores para garantizar un sentido de justicia a las víctimas, las denunciantes pronto se enfrentaron a consecuencias indeseadas como el ser denunciadas penalmente por el delito de difamación por parte de los agresores a los que habían acusado.

Esta realidad no fue ajena al Perú. De hecho, ha sido documentada por el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH en su visita al país, en el que mostró preocupación sobre la utilización de querellas para silenciar las voces de las víctimas. Junto a otros Relatores Especiales de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos a nivel universal y regional, los referidos expertos han sido críticos contra el uso frívolo y vejatorio de estas denuncias porque no sólo buscan disuadir a las mujeres de participar en la vida pública y evitar que los presuntos autores de estas violencias sean denunciados, sino porque obstaculiza los deberes del Estado de erradicar la violencia contra las mujeres. Por todo ello, su postura ha sido firme en señalar que estos discursos, por ser de interés público, deben contar con una protección especial reforzada, y no han de ser sancionados sus emisores -menos aún por la vía penal-.

A lo largo de este artículo, hemos visto que, desde el derecho constitucional, convencional y el derecho comparado, particularmente, la jurisprudencia constitucional colombiana, se han desarrollado parámetros pertinentes para evaluar cuándo un discurso se encuentra protegido por el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por ello, no resulta válido sancionar penalmente su difusión mediante el delito de difamación.

Estos criterios permiten evaluar de manera diferenciada tales expresiones. Si estamos ante un mensaje que contiene hechos, debe observarse la verosimilitud de la información en base a las actitudes de diligencia de quien



los divulga. La CCC se refiere a estos deberes como cargas de veracidad e imparcialidad. Tales se aplican, aunque de manera menos rígida, a terceros, colectivos o medios de comunicación que difunden una denuncia pública de violencia de género, pero no rigen si el denunciante es la víctima directa de estos hechos. Si las expresiones son opiniones, salvo las referencias a hechos, no han de someterse a un test de veracidad, pero habrá que evaluar criterios como el interés público, o si son o no manifiestamente vejatorios y contrarios a la dignidad. En ambos casos, conforme a estándares internacionales, si es un discurso de interés público -especialmente, pero no únicamente si compromete a un funcionario estatal-, deberá brindarse una protección especial reforzada de la libertad de expresión que desplazará *a priori* la pretendida protección punitiva del bien jurídico "honor".

A nivel del SIDH, se ha llegado al consenso de eliminar el poder punitivo desde la sola denuncia como medio eficaz para proteger la honra en discursos de interés público. No obstante, los casos que ha abordado la jurisprudencia de la Corte IDH se han desarrollado principalmente con relación a temas de corrupción, abuso de poder, que involucra a funcionarios públicos. Asimismo, se han tratado manifestaciones emitidas por periodistas en el ejercicio de sus labores. Aún no hay un caso sobre denuncia pública de hechos de violencia de género.

Sin embargo, ello no es óbice para trasladar el razonamiento a estos casos, tomando en cuenta el carácter de interés público de estos discursos y los deberes del Estado. Ello con el fin de prevenir, combatir y erradicar estas violencias que se verían melladas por los efectos intimidatorios que generaría una eventual sanción, más aún, la penal, de estas expresiones. Hay que reiterar, de igual forma, como se ha mencionado, los diversos pronunciamientos de Relatores Especiales de Naciones Unidas que han cuestionado el uso de estas querellas, reiterando la importancia de proteger la libertad de expresión de las mujeres, sean víctimas o activistas, con base en la indesligable relación que tiene este derecho con el de vivir una vida libre de violencia.

Frente a denuncias o procesos penales por el delito de difamación que surgen como respuesta a denuncias públicas por hechos de violencia sexual o de género, los operadores de justicia en el Perú deben considerar los parámetros nacionales e internacionales antes señalados para garantizar el deber del Estado de proteger de manera reforzada este tipo de discursos. En este sentido, se debe dar prelación a la libertad de expresión de las víctimas-sobrevivientes o activistas defensoras de derechos humanos querelladas por sobre el honor del presunto agresor inicialmente acusado a través de las redes sociales. Ello, particularmente si se trata de una denuncia penal cuyos efectos, en caso de proceder o incluso, traducirse en una sanción penal, serían profundamente perjudiciales para las libertades informativas de las mujeres, pudiendo incluso constituirse en una forma de violencia institucional.

Referencias bibliográficas

Acuerdo Plenario 03-2006/CJ-116. (2006, 13 de octubre). *Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial*. Corte Suprema de Justicia de la República.

Berdugo, I. (1984). Revisión del contenido del bien jurídico honor. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (32), 305-320.

Bramont, L., & García, M. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (2.ª ed.). Editorial San Marcos.

Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela (2019, 30 de agosto). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf

Caso Baraona Bray vs. Chile (2022, 24 de noviembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_481_esp.pdf

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004, 2 de julio). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (2001, 5 de febrero). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Caso Moya Chacón vs. Costa Rica (2022, 23 de mayo). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_451_esp.pdf

Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador (2021, 24 de noviembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_446_esp.pdf

Caso Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador (2023, 27 de noviembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_510_esp.pdf

Castellanos, M. (2022). Motivaciones y consecuencias de usar el escrache feminista como mecanismo de denuncia pública por parte de víctimas de violencia sexual en Colombia. *Revista Nuevo Foro Penal*, 18(98), 115-167. <https://doi.org/10.17230/nfp18.98.4>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000). *Declaración de principios sobre libertad de expresión*. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-principios-libertad-expresion.pdf>

Comité de Derechos Humanos (2011). *Observación General N°34 sobre el artículo 19 Libertad de*



opinión y libertad de expresión. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8507.pdf>

Consejo de Derechos Humanos (2012). *Informe del Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, Frank La Rue. Reporte temático A/HRC/20/17. Organización de las Naciones Unidas. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g12/137/90/pdf/g1213790.pdf>

Consejo de Derechos Humanos (2018). *Informe de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos*. Reporte temático A/HRC/38/47. Organización de las Naciones Unidas. file:///C:/Users/DELL/Downloads/A_HRC_38_47-ES.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985, 13 de noviembre). Opinión Consultiva OC-6/85 (Colegiatura Obligatoria de Periodistas).

Donna, E. (1999). *Derecho Penal. Parte especial*. (Tomo I). Rubinzal-Culzoni Editores.

Echevarría, S. (2022). *Si no hay justicia, hay escrache: una nueva forma de denuncia social contra las violencias basadas en género en Colombia*. [Tesis de grado, Universidad de los Andes]. Séneca Repositorio Institucional. <http://hdl.handle.net/1992/64538>

Fileborn, B. (2016). Justice 2.0: Street harassment victims' use of social media and online activism as sites of informal justice. *British Journal of Criminology*, 57(6), 1482-1501. <https://doi.org/10.1093/bjc/azw093>

Freyd, J. (1997). Violations of power, adaptive blindness and betrayal trauma theory. *Feminism & Psychology*, 7(1), 22-32. <https://doi.org/10.1177/0959353597071004>

Gray, M. (2024). *Suing for silence: Sexual violence and defamation law*. UBC Press.

Hoffman, C. (2021). Factors associated with #MeToo involvement among college students. *American journal of criminal justice*, 46(1), 51-67. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1007/s12103-020-09590-w>

Howie, E. (2018). Protecting the human right to freedom of expression in international law. *International Journal of Speech-Language Pathology*, 20(1), 12-15, <https://doi.org/10.1080/17549507.2018.1392612>

Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (2019). Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales (ENARES). Principales Resultados. En: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/presentacion_enares_2019.pdf

Laurenzo, P. (2002). *Los delitos contra el honor* (1.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Levy, R., & Mattsson, M. (2023). The Effects of Social Movements: Evidence from # MeToo. <https://ssrn.com/abstract=3496903>

Meini, I. (2000). La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales. *IUS ET VERITAS*, 10(21), 180-195. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15968>

Miró Quesada, J. (2022). El género en la concepción y aplicación de la justicia penal. *THEMIS Revista de Derecho*, (81), 149-168. <https://doi.org/10.18800/themis.202201.008>

Miró Quesada, J. (2023). Violaciones sexuales no 'típicas': sobre la libertad sexual y el libre consentimiento. *Enfoque Derecho*. <https://enfoquederecho.com/violaciones-sexuales-no-tipicas-sobre-la-libertad-sexual-y-el-libre-consentimiento/>

Organización de las Naciones Unidas (2021). *Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*. Reporte temático (A/76/258). <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/212/19/pdf/n2121219.pdf>

Organización de las Naciones Unidas (2023). *Informe Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*. Reporte temático (A/78/288).

<https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a78288-gendered-disinformation-and-its-implications-right-freedom>

Organización de los Estados Americanos (2022). *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y justicia de género*. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1233&IID=2>

Peleg-Koriat, I. & Klar-Chalamish, C. (2020). The #MeToo movement and restorative justice: Exploring the views of the public. *Contemporary Justice Review*, 23(3), 239-260. <https://doi.org/10.1080/10282580.2020.1783257>

Pellegrini, A. (2018). # MeToo: Before and after. *Studies in Gender and Sexuality*, 19(4), 262-264. <https://doi.org/10.1080/15240657.2018.1531530>

Quinonez, A. , & Kuennen, T. (2023). Turning the Tables: How Those Who Are Accused Deny, Attack, and Reverse. *Wisconsin Journal of Law, Gender & Society*, 38(1), 64-92.

Recurso de Nulidad No. 2780-2016-Lima (2017, 11 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/R.N.-2780-2016-Lima-Legis.pe_.pdf

Recurso de Nulidad No. 411-2024- Lima (2024, 19 de julio). Corte Suprema de Justicia de la República.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2004). *Las expresiones de odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expreisiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2021). *Informe Anual 2021. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/IA2021ESP.pdf>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2022). *La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH presenta sus observaciones preliminares y recomendaciones tras su primera*



visita a Perú. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1214&IID=2>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2022). *Observaciones preliminares y recomendaciones tras su primera visita a Perú*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/ObservacionesPreliminaresPeru2022.pdf>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2023). *Informe Especial Sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Perú*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Informe%20Libex%20Peru%20\(7\).pdf](https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Informe%20Libex%20Peru%20(7).pdf)

Salgado, C. (2005). Delitos contra el honor. En M. Cobo (Coord.), *Derecho penal español: parte especial* (pp. 389-416). Dykinson.

Sentencia recaída en el Expediente No. 6712-2005-HC/TC (2005, 17 de octubre). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente No. 4099-2005-AA/TC (2006, 29 de agosto). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04099-2005-AA.html>

Sentencia recaída en el Expediente No. 00007-

2007-PI/TC (2007, 19 de junio). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>

Sentencia recaída en el Expediente No. 04617-2012-PA/TC (2014, 12 de marzo). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.html>

Sentencia recaída en el Expediente No. 03079-2014-PA/TC (2018, 9 de octubre). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/03079-2014-AA.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente No. 1479-2018-PA/TC (2019, 5 de marzo). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01479-2018-AA.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente No. 03378-2019-PA/TC (2020, 5 de marzo). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03378-2019-AA.pdf>

Sentencia T-275-21 (2021, 18 de agosto). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-275-21.htm>

Strauss, C. & Szymanski, D. M. (2020). From pain to power: An exploration of activism, the #Metoo movement, and healing from sexual assault trauma. *Journal of Counseling Psychology*, 67(6), 653-668. <https://doi.org/10.1037/cou0000429>

Tomás, J. (1994). Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del "animus iniurandi" en el delito de injurias. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 47(1), 141-166.

Tuerkheimer, D. (2019). Beyond #MeToo. *New York University Law Review*, 94, 1146-1202. <https://ssrn.com/abstract=3366126> 



El principio de subsidiariedad horizontal. Notas para su encuadre en el régimen económico peruano^(*)

The Principle of Horizontal Subsidiarity: Framing Notes for its Role in the Peruvian Economic System

Lucio Andrés Sánchez Povis^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo explora el principio de subsidiariedad horizontal en el ordenamiento jurídico peruano, destacando su importancia como un pilar fundamental para equilibrar la intervención del Estado y la libertad de los particulares en la economía. A partir de la consagración explícita de este principio en el artículo 60 de la Constitución de 1993, se analiza su aplicación y los desafíos que enfrenta en la práctica, especialmente en el ámbito económico y social. El estudio revisa la evolución histórica y doctrinal del concepto de subsidiariedad, desde sus raíces en la filosofía política clásica hasta su desarrollo en la Doctrina Social de la Iglesia Católica, y cómo estas influencias se reflejan en la normativa peruana. Asimismo, se examinan las interpretaciones y aplicaciones del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la práctica resolutoria del INDECOP, incluyendo la implementación del “test de subsidiariedad” como herramienta para evaluar la legitimidad de la actividad empresarial del Estado. Se argumenta que, aunque este principio ha sido clave para limitar la intervención estatal, su interpretación debe ser más amplia, abarcando no solo aspectos económicos, sino también su impacto en la promoción de derechos fundamentales y la cohesión social. El artículo concluye con una evaluación crítica de las políticas actuales y propone recomendaciones para fortalecer la aplicación del principio de subsidiariedad en el Perú, promoviendo un marco de intervención estatal que respete la autonomía de los particulares y fomente un desarrollo equilibrado y sostenible en todos los ámbitos de la sociedad.

Palabras clave: Subsidiariedad - Economía Social de Mercado - Regulación - Intervención Pública - Derecho Administrativo - Perú

Abstract: This paper explores the principle of horizontal subsidiarity in the Peruvian legal system, highlighting its importance as a fundamental pillar to balance state intervention and individual freedom in the economy. Starting with the explicit enshrinement of this principle in Article 60 of the 1993 Constitution, the study analyses its application and the challenges it faces in practice, particularly in the economic and social spheres. The paper reviews the historical and doctrinal evolution of the concept of subsidiarity, from its roots in classical political philosophy to its development in the Social Doctrine of the Catholic Church, and how these influences are reflected in Peruvian regulations. The paper also examines the interpretations and applications of the principle of subsidiarity in the jurisprudence of the Constitutional Court and INDECOP's decision-making practice,

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 5 de septiembre de 2024 y su publicación fue aprobada el día 30 de diciembre de 2024.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). PhD in Law candidate y Graduate Lecturer en University College London (Londres, Reino Unido). Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA PUCP). Socio de Sánchez Povis Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2974-5597>. Correo electrónico: lucio.povis.16@ucl.ac.uk.



including the implementation of the “subsidiarity test” as a tool to evaluate the legitimacy of state business activities. It is argued that while this principle has been crucial in limiting state intervention, its interpretation should be broader, encompassing not only economic aspects but also its impact on the promotion of fundamental rights and social cohesion. The paper concludes with a critical evaluation of current policies and proposes recommendations to strengthen the application of the principle of subsidiarity in Peru, promoting a framework of state intervention that respects individual autonomy and fosters balanced and sustainable development in all areas of society.

Keywords: Subsidiarity - Social Market Economy - Regulation - Public Measures - Administrative Law - Peru

1. Introducción

Entender las bases y explorar los confines del principio de subsidiariedad es, sin duda, una tarea ambiciosa. En el contexto peruano, este principio se encuentra consagrado en el artículo 60 de la Constitución Política, donde establece límites a la participación estatal, promoviendo la primacía de la iniciativa privada en la generación de riqueza y el desarrollo económico del país. Sin embargo, es necesario sentar una posición respecto a su alcance y aplicación. Este artículo se plantea responder a interrogantes clave: ¿Cuáles son los límites reales que impone la subsidiariedad horizontal al Estado en su intervención en la economía?, ¿De qué manera este principio interactúa con los derechos fundamentales y el rol social del Estado? y ¿Cómo debería el ordenamiento peruano abordar los desafíos contemporáneos que enfrenta este principio en la práctica?

Téngase en cuenta que los límites al ejercicio de las libertades económicas y, en consecuencia, a la esfera patrimonial del administrado, se adoptan, en primer orden, por decisiones y actuaciones públicas. Es esta presencia pública, respecto de la cual predico *in totum* un carácter subsidiario⁽¹⁾,

la que puede dar lugar a una de las opciones de intervención más incisivas del Estado en la economía: la actuación directa en el mercado mediante actividad empresarial. Cuándo actuar directamente y por qué razones hacerlo son cuestiones que intenta responder el principio de subsidiariedad en su dimensión horizontal, pero no se agota en ello. Considero, más bien, que esta dimensión de la subsidiariedad es una condición previa y absoluta que el Estado debe sortear antes de adoptar cualquier decisión de intervención en el mercado y, de hecho, ya lo hace en cierto modo⁽²⁾. Por esto, el presente estudio pretende ir más allá del limitado protagonismo que se le ha brindado en aplicación del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal⁽³⁾. Es necesario ofrecer, a mi criterio, una relectura del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, cómo se garantiza su cumplimiento, si corresponde su aplicación o no en el ámbito prestacional y social, y qué rol cumple en los ámbitos en los que el Estado ya actúa mediante forma empresarial.

El presente trabajo tiene como objetivos analizar críticamente la aplicación del principio de subsidiariedad horizontal en el contexto económico y social del Perú, evaluar cómo este ha sido interpretado en la jurisprudencia y en la práctica administrativa, y proponer recomendaciones que fortalezcan su efectividad. Desde un enfoque teórico, este artículo integra el análisis de las bases doctrinales y filosóficas del principio de

- (1) Esta es una posición sobre la que no pretendo adjudicarme originalidad. De hecho, viene siendo discutida por años por Ramón Huapaya Tapia en sus clases de Derecho Administrativo Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú (2015, p. 373). Posteriormente, ha estudiado el tema como manifestación de la aplicación de una interpretación extensiva de este principio Alberto Cruces (2021, capítulo III, subsección 2).
- (2) Así lo demuestran, por ejemplo, los avances en mejora de calidad regulatoria en nuestro país, donde el literal k) del artículo 4 del Decreto Legislativo 1565 recoge el principio de subsidiariedad para señalar que solo “corresponde el empleo de opciones regulatorias cuando no exista alguna otra solución no regulatoria superior en términos de costo-efectividad para solucionar un problema público”. Asimismo, en cuanto a la función normativa que ejercen los organismos reguladores, ésta ha sido influenciada también por el principio de subsidiariedad, tal como lo establecen los Reglamentos Generales del OSINERGMIN, OSIPTEL, y OSITRAN, a efectos de que la intervención de los reguladores ocurra cuando el mercado y la libre competencia no sean suficientes para atender los intereses de usuarios y competidores. Sobre esto último, véase “Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la Constitución peruana” de Alberto Cruces (2021, capítulo III, subsección 2).
- (3) Como explicaré, el análisis del principio de subsidiariedad ha merecido en los últimos años importantes pronunciamientos por parte del INDECOPI, en materias de competencia desleal por transgresión de normas. La principal atención de este principio se “mercantilizó” a partir de esta casuística y asumió, básicamente, una perspectiva de mercado. Como advertiré luego, este enfoque omitió una mejor atención desde el Derecho público económico, la actividad administrativa y el carácter esencial de los servicios involucrados.



subsidiariedad, con especial atención a su desarrollo en la Doctrina Social de la Iglesia Católica, y las compara con su aplicación normativa y jurisprudencial en el Perú. Entre los principales supuestos, se asume que la subsidiariedad no solo limita la intervención estatal, sino que también impone obligaciones positivas al Estado en casos de insuficiencia o ausencia de la iniciativa privada, y que su correcta implementación es crucial para garantizar un equilibrio entre libertad económica y justicia social.

La relevancia de esta investigación radica en que, aunque el principio de subsidiariedad horizontal está explícitamente consagrado en la Constitución, su interpretación y aplicación práctica presentan inconsistencias significativas en el ámbito peruano. Estas inconsistencias afectan la relación entre el rol del Estado y la iniciativa privada, generando incertidumbre jurídica y limitando el potencial para un desarrollo económico equilibrado. Este artículo busca esclarecer los alcances del principio en un contexto normativo y jurisprudencial complejo, proporcionando herramientas para una interpretación más coherente que promueva un equilibrio adecuado entre la libertad económica y las responsabilidades estatales. Al hacerlo, el trabajo contribuye a la reflexión académica y práctica sobre la implementación efectiva de la subsidiariedad horizontal en sistemas jurídicos contemporáneos.

Este artículo se estructura de la siguiente forma. (i) Primero, empiezo por exponer algunas notas definitorias del principio de subsidiariedad horizontal, destacando sus raíces en la filosofía política de Aristóteles y Tomás de Aquino, y su desarrollo más notable en la Doctrina Social de la Iglesia Católica. (ii) Segundo, planteo mi lectura constitucional de dicho principio, interpretando el artículo 60 de la Constitución junto con otros artículos constitucionales, como los que protegen la dignidad humana y el libre desarrollo de las personas, sugiriendo que el principio de subsidiariedad tiene un alcance más amplio que trasciende el ámbito económico y se extiende a todas las áreas de la vida social. (iii) Tercero, describo cómo el Tribunal Constitucional ha desarrollado y aplicado el principio de subsidiariedad en diversas decisiones, donde refuerza la visión de un Estado presente y garante, pero que respeta la autonomía y el desarrollo libre de la sociedad, alineando la subsidiariedad con otros principios constitucionales como la dignidad humana y la protección del bienestar general. (iv) Cuarto, expongo una crítica al enfoque desarrollado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI], señalando que su definición de actividad empresarial y sus criterios para

distinguir entre prestaciones asistenciales y empresariales no siempre consideran adecuadamente la cláusula de Estado social y los derechos prestacionales consagrados a nivel constitucional. Finalmente, presento resumidamente mis conclusiones.

2. Notas definitorias del principio de subsidiariedad

El principio detrás de lo que, en tiempos relativamente recientes, se denomina “subsidiariedad” se remonta a la filosofía política de Aristóteles (Ross, 1957, p. 341) y a la lectura que de ella formuló Aquino (Aroney, 2014, p. 20; Loo, 2010). Sin embargo, el desarrollo más icónico e influyente que ha merecido este concepto se origina a partir de la atención brindada por la Doctrina Social de la Iglesia Católica desde la última década del siglo XIX; en concreto, el desarrollo que se advierte a partir de la primera gran encíclica social *Rerum Novarum* dada por el Papa León XIII en 1892 (Kresalja, 2010, pp. 40-41).

En aquella ocasión, aunque sin emplear textualmente el término “subsidiariedad”, la encíclica en mención tuvo presente su significado al indicar que

No es justo que el individuo o la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie (Papa León XIII, 1892, párrafo 26)⁽⁴⁾.

Conforme con este entendimiento, la autoridad política debía ejercerse sin negar a los ámbitos sociales menores y a las personas su libertad de actuar y ejercer de acuerdo con sus propias iniciativas (Nieto, 2000, p. 270). La idea detrás de lo que actualmente denominamos “subsidiariedad”, entonces, se concebía como un parámetro conciliador entre la libertad que le asiste de forma natural a las personas, por un lado, y la intervención que ejerce el Estado para imponerle límites a dicha libertad, aunque siempre en beneficio del bien común, por el otro.

(4) Importante es indicar la influencia que habrían tenido las ideas de Luigi Taparelli D’Azeglio, teólogo jesuita italiano promotor de la renovación tomista dentro de la doctrina de la Iglesia y maestro de Vincenzo Pecci, quien continuaría con esa causa una vez entronizado como León XIII (Brennan, 2014, pp. 32-33).



Es recién con la encíclica *Quadragesimo anno* dictada por el Papa Pío XI en 1931, que el término “subsidiario” recibió cuño lexical (Martínez, 2010, p. 1277) en los siguientes términos:

80. Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.

Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función “subsidiaria”, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación (Papa Pío XI, 1931, párr. 80.)

Ahora bien, lejos de alguna interpretación incompleta, cierto es que el principio de subsidiariedad, tal como ha sido desarrollado en la Doctrina Social de la Iglesia, no propugna un Estado ausente. Por el contrario, dentro de las relaciones entre el individuo y el Estado, esta doctrina enfatiza también la obligación que tiene este último de prestar ayuda a aquél “sin destruirlo ni absorberlo”:

79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos (Papa León XIII, 1892, párr. 79).

Por esta razón, en consonancia con lo anterior, Juan XXIII, en su encíclica *Mater et Magistra* de 1961, insistió en la obligación por parte del Estado de actuar en el campo económico, no para desplazar la iniciativa privada, pero sí para evitar los “desórdenes irreparables” y los “abusos” hacia el débil que ésta puede generar:

54. (...) Por todo lo cual, a los gobernantes, cuya misión es garantizar el bien común, se les pide con insistencia que ejerzan en el campo económico una acción multiforme mucho más amplia y más ordenada que antes y ajusten de modo adecuado a este propósito las instituciones, los cargos públicos, los medios y los métodos de actuación.

(...) 58. Pero cuando en la economía falta totalmente, o es defectuosa, la debida intervención del Estado, los pueblos caen inmediatamente en desórdenes irreparables y surgen al punto los abusos del débil por parte del fuerte moralmente despreocupado. Raza esta de hombres que, por desgracia, arraiga en todas las tierras y en todos los tiempos, como la cizaña entre el trigo (1961, párrafos 54 y 58).

Con esto, el principio de subsidiariedad se presenta como un parámetro de intervención pública en ámbitos que naturalmente son privados (“ente inferior”), pero donde, ante la nula o escasa presencia de participación privada, se hace necesaria la participación estatal (“ente superior”). Entendido de este modo, la subsidiariedad justifica no solo la negativa hacia la participación del Estado en ámbitos donde la libertad privada se desenvuelve y ofrece resultados compatibles con el interés público, lo que se conoce como “subsidiariedad negativa”, sino también la exigencia al Estado de participar ante la ausencia o escasa presencia de participación privada, o ante los desórdenes o fallas que las libertades pueden generar, también llamada “subsidiariedad positiva”. Sin embargo, para no desnaturalizar el propósito de su intervención, el Estado debe procurar que ésta sea proporcional y oportuna, pero también con una vocación de adecuación a los cambios que se susciten en el ámbito donde se decidió, en alguna ocasión, intervenir. Con lo cual, la intervención no supondrá siempre la presencia definitiva del Estado o la reserva indiscutible de actividades a su favor, sino la creación de las condiciones óptimas por parte de éste para que los agentes privados puedan hacerse cargo de cuestiones que, por naturaleza, le corresponden (Bullard, 2011, p. 203)⁽⁵⁾.

Ciertamente, la subsidiariedad no es un principio aislado dentro del estudio que la Doctrina Social de la Iglesia Católica le ha dedicado al mercado y a la vida económica. Forma parte, más bien, de un cuerpo doctrinal unitario en el que su lectura no debe ser ajena

(5) Coincido con el autor. Sin embargo, debo precisar que discrepo de la visión economicista y de la posición según la cual este autor sostiene que “el concepto de ‘subsidiariedad’ es económico antes que legal”. La subsidiariedad no es una materia ajena al Derecho e informa un verdadero principio general en esta especialidad. Esto no es óbice, seguramente, para que el mismo principio pueda ser abordado multidisciplinariamente, destacando, entre otros, el enfoque desde la economía.



a los principios del bien común, de solidaridad y, en definitiva, de dignidad de la persona (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, párr. 162). Mucho menos debemos identificar a la subsidiariedad con una ideología ni con una preferencia política (Papa Juan Pablo II, 1987, párr. 41)⁽⁶⁾, sino como un principio ontológico e inmodificable del orden sociopolítico (Brennan, 2014, p. 31).

Ahora bien, a partir de la definición de subsidiariedad antes brindada se han planteado también algunas clasificaciones. Una, sobre todo, distingue entre la subsidiariedad vertical y la subsidiariedad horizontal. En el primer caso, se alude a las relaciones entre los niveles y organismos que integran el Estado, bajo el entendimiento de que aquellos que se encuentran más cercanos o próximos al ciudadano (en términos de proximidad jerárquica) gozan también de mejor posición para determinar aquello que es más beneficioso para el interés público de aquellos que viven bajo su ámbito de influencia. Por su parte, la subsidiariedad horizontal está referida a las relaciones ya no entre organizaciones del Estado, sino entre este último y los particulares. En concreto, para definir cuándo se hace necesaria la participación pública en apoyo, corrección o suplencia de la participación privada. La subsidiariedad horizontal no se reclama únicamente en el ámbito económico, sino en todos los espacios de la vida en sociedad. Sin embargo, es su vertiente económica la que más relevancia tiene para efectos de este estudio.

3. Una propuesta de lectura del marco normativo constitucional sobre el principio de subsidiariedad horizontal en el ordenamiento peruano

El principio de subsidiariedad horizontal no tuvo desarrollo expreso en el ámbito constitucional peruano sino hasta la

Constitución de 1993 (Tribunal Constitucional del Perú, 2007, fundamento jurídico 19)⁽⁷⁾⁽⁸⁾, en cuyo artículo 60 se dispuso que “sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Sin embargo, la subsidiariedad, aunque expresamente aludida en dicha disposición, no se limita a dicho texto y comprende aspectos aún mayores que se desprenden del análisis y de la interpretación sistemática de ésta con otras disposiciones previstas en la Constitución.

Para empezar, una aproximación meramente literal al artículo 60 en cuestión pareciera circunscribir la subsidiariedad a su vertiente horizontal en materia económica. Partiendo de esta lectura, el artículo citado terminaría encasillando al principio de subsidiariedad en una suerte de garantía únicamente efectiva contra la intervención estatal cuando ésta tenga lugar mediante forma empresarial⁽⁹⁾. No obstante, el ámbito de aplicación de este principio no se agota en dicho plano, el económico, y comprende, en realidad, todo ámbito de la vida de las personas en sociedad. Esto guarda sentido si, por un lado, interpretamos el artículo 60 juntamente con el artículo 1 de la Constitución de 1993, el cual prescribe que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” y, por el otro, recordamos que este principio-derecho

- (6) Así la refirió también el Papa Juan Pablo II en la encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*: “La doctrina social de la Iglesia no es, pues, una «tercera vía» entre el capitalismo liberal y el colectivismo marxista, y ni siquiera una posible alternativa a otras soluciones menos contrapuestas radicalmente, sino que tiene una categoría propia. No es tampoco una ideología, sino la cuidadosa formulación del resultado de una atenta reflexión sobre las complejas realidades de la vida del hombre en la sociedad y en el contexto internacional, a la luz de la fe y de la tradición eclesial. Su objetivo principal es interpretar esas realidades, examinando su conformidad o diferencia con lo que el Evangelio enseña acerca del hombre y su vocación terrena y, a la vez, trascendente, para orientar en consecuencia la conducta cristiana. Por tanto, no pertenece al ámbito de la ideología, sino al de la teología y especialmente de la teología moral”.
- (7) El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido, al menos de forma no tan clara, que la subsidiariedad no fue recogida en la Constitución de 1979: “Así, a diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que “(…) Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (…)” (Sentencia del Tribunal constitucional recaída en el Expediente 0019-2006-PI/TC).
- (8) En oposición a esto, algunos sugieren que los fundamentos de este principio estaban también presentes en la Constitución de 1979, aunque carecieron de efectividad por las divergentes disposiciones contenidas en esta Carta y que dieron alta participación al Estado, desplazando la libre iniciativa privada. Es la posición planteada por Hakansson Nieto (2012, p. 46). Dicha participación también es citada y asumida por Vignolo Cueva (2019, pp. 62-69). Sustentan su criterio en la perspectiva humanista consagrada por primera vez en el artículo 1 de la Constitución de 1979, así como en la línea de interpretación, en pro de los derechos y libertades, marcada por el Preámbulo de dicha norma.
- (9) Es lo que también advierte Vignolo (2019, p. 105), quien considera que limitar dicho principio solo al ámbito económico, desconoce lo que él denomina “capacidad de adaptación” del mismo.



de dignidad de la persona es precisamente el fundamento que impulsó la construcción del principio de subsidiariedad desde la Doctrina Social de la Iglesia Católica. Partiendo de ambas premisas es posible afirmar que la subsidiariedad del artículo 60 comprende, en sentido lato, un mandato de no absorción o intromisión por parte del Estado en la vida humana y en su devenir dentro de la sociedad, sin distinción de ámbitos o sectores, comprendiendo absolutamente todos los espacios de ésta, aunque, como explicaré luego, esto no signifique que el Estado tenga prohibida su participación en espacios en donde los derechos prestacionales y la cláusula de Estado de Social exige precisamente lo contrario⁽¹⁰⁾.

Coincide con el anterior razonamiento, la lectura que puede dársele al artículo 60 a la luz del derecho al libre desarrollo consagrado en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993⁽¹¹⁾⁽¹²⁾. De acuerdo con esta posición, la lectura de la subsidiariedad que recoge esta disposición constitucional no se restringe al ámbito económico, aunque ciertamente le brinda a este último una atención especial, sino que se propugna en todo ámbito, pues ésta sería la única forma de garantizar el desarrollo pleno de la persona y su libre desenvolvimiento en todos los ámbitos de la vida en sociedad. Esta lectura sistemática de ambos artículos no solo se ofrece para enfatizar la versión negativa del principio de subsidiariedad, sino también la positiva, pues el logro de ese libre desarrollo exigirá la participación del Estado en aquellos ámbitos en los que su presencia, aunque mínima, sea el primer resorte que se requiera para impulsar el desarrollo humano.

Por otro lado, destaca de la lectura del artículo 60 de la Constitución, la reserva de ley que se ha previsto como único instrumento autorizatorio para que el Estado intervenga subsidiariamente. Dos cuestiones pueden mencionarse a partir de ella. Por un parte, desde una visión estricta y empresarial del principio de subsidiariedad, esta reserva sugiere que la actividad empresarial estatal solo podrá habilitarse previa ley en dicho sentido. Se trata, además, de una reserva absoluta de

ley en sentido formal, únicamente aprobada por el Congreso de la República (Tribunal Constitucional del Perú, 2007b, fundamento jurídico 31)⁽¹³⁾. Esto no supone necesariamente que la creación de la empresa pública deba efectuarse por dicha ley, sino más bien que solo procederá su constitución, bajo las normas societarias correspondientes, si es que previamente se ha emitido dicha ley autoritativa. Por la otra, esta reserva de ley puede entenderse, de forma más amplia, como una manifestación del principio de legalidad y del control de la actividad administrativa de limitación. Conforme a esta lectura, el artículo 60 de la Constitución exige que la imposición de restricciones, deberes u ordenación imperativa de las actuaciones privadas sea recogida en leyes para conciliar éstas con el interés público⁽¹⁴⁾.

La reserva de ley antes comentada alude también, aunque implícitamente, al principio de vinculación positiva al ordenamiento al que está sujeta la Administración Pública, en concreto, a la vinculación positiva a la Ley. Bajo una lectura estricta de esta reserva, ciertamente se puede indicar que no cabe la participación empresarial del Estado sin ley previa que la autorice, pero también, bajo un prisma más amplio, el artículo 60 pone de manifiesto la ausencia de libertad por parte de la Administración y, por esta razón, su rol “secundario” en la generación de riqueza dejada, ahora sí, a la libertad de los particulares y a su libre actuación en el mercado. La participación en el mercado parte, entonces, de una premisa de libertad que solo les asiste a los particulares. El

(10) Son los casos de los derechos consagrados en la Constitución, tales como el derecho a la salud (artículo 7), educación (artículo 16), y a la seguridad social (artículo 10).

(11) Constitución Política de 1993: Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...).

(12) En mi posición, el derecho al libre desarrollo tiene sus más amplias manifestaciones, por un lado, en el literal a) del numeral 24 del artículo 2, que consagra la vinculación negativa de la persona al ordenamiento jurídico al señalar que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; y, por el otro, en el numeral 17 del artículo 2, según el cual toda persona tiene derecho “a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultura de la Nación”.

(13) Esta es la posición asumida por el Tribunal Constitucional: “Por su parte, el artículo 60° de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta, para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial, directa e indirectamente, cuando el interés público o la conveniencia nacional lo justifique”. Aunque no la comparto, una posición opuesta ha sido desarrollada por Chang (2015, p. 151), quien sostiene que la competencia para crear empresas públicas del ámbito nacional compete al Congreso de la República, pero en el ámbito regional y local, esto compete a los Gobiernos Regionales.

(14) Lo que tradicionalmente se ha denominado como “actividad de policía” y que, como desarrollaré en los próximos capítulos, ahora optamos por llamar “actividad de limitación”.



Estado, para actuar, en este caso, intervenir y limitar, requerirá siempre de una ley que así se lo permita.

Seguidamente, el artículo 60 de la Constitución exige que la participación subsidiaria del Estado mediante forma empresarial en el mercado se justifique en razones de “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional”. Este, tal vez, es el extremo más dejado a la evaluación del Congreso de la República al momento de aprobar la ley autoritativa. Las razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional pueden involucrar distintos planos y motivos, los cuales, al ser evaluados por dicho Poder del Estado, no distarán de ser también argumentos políticos. Ciertamente, sin embargo, que la calificación de cada caso como “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional” deberá siempre estar motivada por el legislador, sin omitir que, aunque medien conceptos jurídicos indeterminados en esta decisión, éste deberá suplir la vaguedad de dichos conceptos con una efectiva motivación.

En un sentido similar, lo indica también el precedente de observancia obligatoria aprobado por el INDECOPI y contenido en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, el cual sostuvo lo siguiente:

124. El Congreso de la República es el único ente legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial. En efecto, solo el parlamento que detenta la representación de todos los sectores de la sociedad puede –a través del consenso al que deben arribar todas las fuerzas políticas para expedir la necesaria ley autoritativa que habilita la actividad– lograr la expresión más genuina y representativa del interés de la comunidad.

(...)

126. En conclusión, la evaluación de lo que debe entenderse por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es un aspecto que no corresponde al INDECOPI, siendo que el contenido de dichos conceptos debe ser dado por el Congreso de la República con oportunidad de la emisión de la ley expresa en virtud de la cual queda autorizado el desarrollo de la actividad empresarial (INDECOPI, 2010a).

Aunque luego me referiré en extenso a este criterio elaborado por el INDECOPI, es suficiente entender por ahora que la justificación de “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional” es dejada a la evaluación por parte del Congreso, quien, a criterio del artículo 60 de la Constitución, es el mejor posicionado para poder evaluar sobre la pertinencia o no de una intervención pública empresarial. No obstante, en su decisión queda también respetar lo que parece ser el *telos* de esta disposición: el Estado no debería participar de forma empresarial en el mercado y únicamente debería hacerlo previa consideración de razones excepcionales, que es lo

que, en su generalidad, sin duda plantean los conceptos de “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional”. La generalidad, entonces, de estos conceptos jurídicos indeterminados no podría alejarse de ese carácter excepcional y justificar cualquier razón para autorizar una participación pública de carácter empresarial.

Sin embargo, el desarrollo normativo a nivel constitucional del principio de subsidiariedad no se agota en el análisis anterior. Ciertamente, la reserva de ley, la condición subsidiaria propiamente dicha y la justificación excepcional para dicha participación son componentes claves, pero la lectura de estos no puede dejar de lado la atención que amerita el tercer párrafo del mismo artículo 60, aunque en la práctica éste extremo haya sido menos atendido por la doctrina nacional (Cairampoma, 2012, pp. 315-329; Calderón, 2011, p. 315; Vignolo, 2019, pp. 100-105)⁽¹⁵⁾.

El párrafo en cuestión recoge un postulado tan elemental como lo es el consagrar el trato igualitario a nivel empresarial, lo cual exige al señalar que “la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”. No obstante, su análisis brinda una aproximación al tratamiento de la actividad empresarial del Estado que puede haber pasado hasta ahora desapercibida. Con esto me refiero no solo a las condiciones que la actividad empresarial pública debe evitar (dimensión negativa) cuando se ejerce, principalmente, las ayudas públicas que afectan la competencia, sino también a aquellas actividades que se justifican y esperan que ésta desarrolle (dimensión positiva) para permanecer y competir adecuadamente en el mercado. Interpretado desde este enfoque, el aludido tercer párrafo del artículo 60 parece partir de una premisa que resulta innegable: el Estado actualmente ya se encuentra realizando actividad empresarial. Aunque en el contexto de la aprobación de la Constitución de 1993 esta participación era aún mayor, esto no niega que la participación empresarial pública sigue muy presente hoy en día. A mi criterio,

(15) Para Quintana Sánchez, entrevistado por Calderón (2011, p. 315), “una lectura más profunda del tercer párrafo introduce mayor complejidad en el tema (de la subsidiariedad)”.



esta última disposición da respuesta a lecturas que desde ambos extremos de la discusión política se plantean cuando se discute la necesaria o no participación del Estado en la actividad empresarial. Dos apreciaciones son las que puedo brindar y que tienen especial incidencia en este estudio.

La primera apreciación, al parecer, es la más evidente y está referida al tratamiento que merece la actividad empresarial ya existente y que “sobrevivió” a la política privatizadora que experimentó el Perú en la última década del siglo pasado. No estamos ante el rezago de una actividad empresarial que ahora ha devenido en inconstitucional bajo la Constitución de 1993 y, en consecuencia, tampoco podrá exigirse al Estado que privative dichas empresas al amparo de un inexistente derecho a un Estado subsidiario. Sin embargo, una participación irregular, desleal y con beneficios que solo son otorgados a las empresas públicas y no al sector privado sí pueden justificar cuestionamientos a dicha participación pública, pues ésta sí podría tener implicancias perjudiciales en, ahora sí, derechos fundamentales en materia económica. Esto último, precisamente, es lo que exige el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución: si existe participación empresarial pública, ésta debe realizarse en condiciones de igualdad con las demás empresas privadas que participan en el mismo sector (Cairampoma, 2012, pp. 315-329).

La segunda apreciación que surge del tercer párrafo del artículo 60 en comentario es, sin embargo, más compleja y seguro no estará exenta de crítica. Considero que el principio de igualdad contenido en esta disposición no desplaza necesariamente la actividad empresarial pública existente y que, por el contrario, puede justificar, en algunos casos, el desarrollo y ampliación de estas actividades empresariales públicas ya existentes a otros ámbitos que la dinámica comercial del sector en el que se desenvuelve la empresa así lo exija o,

en otros supuestos, cuando la transformación o fortalecimiento de la empresa pública sea necesaria para su permanencia efectiva y competitiva en el mercado (Calderón, 2011, p. 316)⁽¹⁶⁾.

En el primer caso, estamos ante las empresas públicas que, dentro del sector en el que ya operan, realizan inversiones para fortalecer su posición en dicho segmento y mantener su competitividad y eficiencia, pues finalmente ésta redundaría en beneficio de sus clientes o usuarios⁽¹⁷⁾. Lo que sugiero es que una empresa pública, por su condición como tal, no está condenada a conformarse con lo que tiene, sino que debe permitírsele actuar justamente como lo que es: una empresa. Si dicha empresa es ineficiente y poco competitiva, la pérdida o el costo de tenerla en dicha posición es finalmente del Estado (de todos). El tercer párrafo del artículo 60, por tanto, justifica que dicha igualdad no solo se entienda como la negación de ayudas o subsidios públicos a estas empresas, sino también como la necesidad de permitirles permanecer adecuadamente en el mercado y hacerlo de forma competitiva⁽¹⁸⁾.

En el segundo caso, por su parte, estamos ante un supuesto propio de los últimos años, la dinámica de muchos sectores económicos en el mundo está experimentando una clara transformación y, consiguientemente, también las empresas que operan en ella, incluyendo a las empresas estatales. La única opción

(16) Un paso más allá de la posición que sostengo es la expuesta por Quintana Sánchez. Este autor señala que el tercer párrafo en comentario podría ser objeto de una ley de desarrollo constitucional para permitir, de forma excepcional, la creación de empresas públicas en segmentos donde ya compiten los privados, pero siempre sometidas a las reglas de competencia y transparencia y sin ayudas públicas; es decir, “sin subsidio ni privilegio alguno”. La pregunta que surge, entonces, es cuándo sería necesaria esa actuación empresarial. Claramente, aunque no lo indica, se está aludiendo a aquellos sectores del mercado que, por su nivel de concentración, requieren de agentes que introduzcan competencia y permitan generar eficiencias; nos referimos a una regulación del mercado mediante actividad empresarial. Sin embargo, optar por dicha solución solo evidenciaría que otras herramientas y técnicas de intervención fallaron; entre ellas la supresión de barreras burocráticas, supervisión del libre mercado, creación de incentivos, entre otros. En mi posición, de acogerse la propuesta de Quintana, esa “regulación mediante empresa pública” sería una opción regulatoria a emplearse solo en defecto de otras de menor incidencia en el mercado.

(17) Son las inversiones que pueden realizar o que realizan las empresas públicas de saneamiento, distribución y generación eléctricas, entre otras, cuando amplían sus redes de distribución o cuando desarrollan nuevos proyectos de generación eléctrica. Esta discusión también está presente cuando se cuestiona si la empresa nacional de petróleos debe o no explorar y/o explotar pozos petroleros o debe o no desarrollar inversiones en nuevas instalaciones o en la modernización de aquellas ya existentes a su cargo, como el caso de la refinería de Talara.

(18) No es objeto del presente estudio, pero debo señalar que los sistemas administrativos a los que están atadas las empresas públicas peruanas parecen reflejar un entendimiento contrario. No existe una apuesta por permitir negocios o proyectos de largo plazo, y consiguientes endeudamientos, para estas empresas. Pareciera que la consigna está en mantener a las empresas públicas conformes y resignadas a lo que tienen. Nada más y nada menos.



de estas empresas públicas es la de transformarse y no ser ajena a dicho cambio, so pena de fracasar y extinguirse⁽¹⁹⁾. Considero, entonces, que el tercer párrafo justifica cambios o ampliaciones del objeto social de estas empresas públicas, a efectos de reconducir sus actividades hacia aquellos segmentos nuevos y dicho cambio debe permitirles también realizar todas aquellas variaciones que permitan, nuevamente, su desempeño competitivo y en condiciones de igualdad con sus pares en competencia.

En conclusión, el marco constitucional peruano ha consagrado normativamente un principio de subsidiariedad más amplio que aquél únicamente limitado a la actuación pública empresarial. En efecto, la subsidiariedad recogida en la Constitución de 1993 ha supuesto, en realidad, una demarcación entre los alcances de la actuación pública en general y los espacios dejados al libre desarrollo de los particulares en todos los ámbitos de la sociedad. Cuando esta intervención tenga lugar a través de modos de actuación administrativa distintos a la actividad empresarial, la evaluación sobre su juridicidad contendrá también, ciertamente, un análisis sobre su carácter subsidiario, aunque éste se encuentre comprendido dentro de otros parámetros (como son los de legalidad y proporcionalidad, entre otros). Y, cuando la intervención pública se haga presente mediante actividad empresarial, se requerirá de una evaluación cualitativamente mayor en aplicación literal de artículo 60 de la Constitución, lo que exigirá de una ley formal autoritativa previa, una justificación de excepcionalidad (“alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional”) y una condición material que permita al Estado intervenir “en defecto de” (la subsidiariedad propiamente).

En este punto, es importante complementar lo expuesto hasta ahora con la posición expuesta por el Tribunal Constitucional al respecto en la jurisprudencia que tiene a su cargo.

4. El principio de subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El principio de subsidiariedad ha merecido también el desarrollo de una importante jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional. Explorar los distintos pronunciamientos emitidos en torno a este principio puede demandar un estudio que escapa a los márgenes del presente artículo, sin embargo, considero que es posible sintetizar la posición que mantiene esta instancia sobre dicho principio en cuatro puntos cardinales.

Primero, el Tribunal Constitucional concibe a la subsidiariedad como una manifestación del carácter social del modelo económico recogido en la Constitución de 1993. Esto significa que, contrariamente a lo que se cuestiona actualmente, la subsidiariedad no supone la consagración ciega de un sistema entregado al mercado y de Estado ausente, sino más bien un llamado a la intervención estatal que, sin interferir arbitraria o injustificadamente en la libertad privada, conserve y fortalezca sus labores de supervisión y corrección de las actividades entregadas a los particulares, lo que el Tribunal Constitucional alude también como “función reguladora”:

El principio de Subsidiariedad Económica del Estado

7. Conforme a lo anotado precedentemente y, dado el carácter social del modelo económico consagrado por la Carta de 1993, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, sino que, como se explicará con posterioridad, también cuenta con una función supervisora y correctiva o reguladora.

Sin embargo, ello no quiere decir, en modo alguno, que pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

8. En efecto, conforme al Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, consagrado en el artículo 60° de la Constitución, dicho principio implica, de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado [énfasis agregado]. (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, fundamentos jurídicos 7-8).

Esta posición no solo confirma la lectura amplia que he expuesto respecto al artículo 60

(19) Es lo que ha ocurrido en el Perú con la apuesta realizada por la empresa de petróleos Petroperú, típicamente dedicada a la industria de combustibles fósiles, y que ahora procura ampliar su participación a proyectos de energía en general, abarcando, sobre todo, proyectos renovables. Este cambio es el que han experimentado las empresas más grandes en el mundo en el sector.



de la Constitución, sino que también destaca la importancia de la intervención pública para corregir los fallos de la participación privada, principalmente mediante funciones de supervisión. Esto, precisamente, es lo que niega cualquier idea de Estado mínimo o ausente. El Estado no se contrae en su actuar, únicamente cambia las técnicas que emplea para intervenir y relega la actuación empresarial a supuestos excepcionales, priorizando las técnicas de supervisión. Esto, en mi posición, tampoco supone un Estado débil, sino más bien un Estado fuerte y especializado que pueda concretar adecuadamente su labor garante. Lo más destacado de esto, no obstante, es que a este nuevo rol del Estado se le otorga plena vinculación con el componente “social” del modelo económico consagrado en el artículo 58 de la Constitución.

Segundo, el Tribunal Constitucional sostiene que la subsidiariedad opera como un mecanismo de conciliación de conflictos y exige una función supletoria del Estado ante imperfecciones u omisiones de los agentes. Nuevamente, este principio no ocupa un rol álgido y de confrontación contra la intervención pública, sino una vocación de complementariedad entre la participación privada y la necesaria participación pública cuando ésta se torna necesaria y justificada. Desde luego, esa labor de complementariedad debe ser solo eso, sin desnaturalizar un escenario natural de libertad:

11. De este modo, la Carta de 1993 ha consagrado la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía planteando el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común, resultando ser, antes que un mecanismo de defensa contra el Estado, un instrumento para la conciliación de conflictos (Tribunal Constitucional del Perú, 2007c. fundamento jurídico 8).

En un extremo, entonces, se encuentran las imperfecciones que pueden tener lugar con el actuar de los particulares y, en el otro, la necesidad de garantizar y la obligación del Estado de velar por el interés público. Es esta constante pugna entre ambos intereses, el privado y el público, la que pretende conciliar el principio de subsidiariedad y deja entrever, en dicho sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Tercero, el Tribunal Constitucional considera que, al igual que los demás principios que inspiran el capítulo económico de la Constitución, la subsidiariedad encuentra sus límites en el principio de vinculación a los derechos fundamentales, en tal sentido, su interpretación y aplicación no puede justificar una intromisión tal que suponga una afectación a los derechos de la persona:

22. Tales principios integrantes de la denominada Constitución Económica constituyen normas programáticas, mandatos de optimización a cargo del legislador que se fundamentan, a su vez, en el deber estatal de promocionar el bienestar general (artículo 44° de la Constitución). Cabe precisar, sin embargo, que aun cuando semánticamente presentan cierto grado de indeterminación y, por consiguiente, amplia flexibilidad a favor del legislador; tales disposiciones no pueden asumirse como capaces de sustentar cualquier tipo de legislación arbitraria y carente de adecuación objetiva, pues los límites a la intervención estatal en la actividad económica de los particulares se constituyen ahí donde tal actuación supondría una violación del principio de vinculación a los derechos fundamentales [énfasis agregado] (Tribunal Constitucional del Perú, 2007a, fundamento jurídico 22).

Esta posición, aplicada al principio de subsidiariedad, marca un límite a la actuación administrativa empresarial. Se reafirma, con esto, la mayor preocupación que la jurisprudencia constitucional le ha brindado a la dimensión negativa de este principio. Sin embargo, la omisión hacia su dimensión positiva no niega que pueda sugerirse una lectura similar y también amparada en la vinculación a los derechos fundamentales. En concreto, la ausencia del Estado en contextos en los que urge su presencia podrá también ser cuestionada por los particulares cuando suponga un inminente riesgo o la afectación concreta de derechos fundamentales. En tales casos, el ordenamiento deberá ofrecer las vías y acciones para que los particulares puedan solicitar o reclamar su actuar, ciertamente supeditado a la observancia de otras condiciones exigibles en función del objeto involucrado⁽²⁰⁾.

Por último, el Tribunal Constitucional ha destacado que el principio de subsidiariedad debe interpretarse juntamente con el principio de pluralismo económico, en los siguientes términos:

Asimismo, este principio debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente

(20) Cuando de derechos programáticos se trata, la legalidad y el equilibrio presupuestales son las principales limitaciones para exigir al Estado que actúe para atender servicios esenciales como lo son el acceso a la energía, al agua y otros que no son atendidos en todas las regiones por la participación privada. Mientras que, en ámbitos no programáticos, el Estado procurará brindar vías procedimentales y acciones a los privados para que requieran su actuar, aquí tienen especial importancia las denuncias administrativas y las labores de fiscalización, las que serán evaluadas bajo criterios de oportunidad por la autoridad correspondiente, en caso de denuncias por “terceros interesados colaboradores”, o legalidad, en caso de denuncias por “terceros interesados víctimas”.



importancia, como es del (sic) pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60° de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho (Tribunal Constitucional del Perú, 2003, fundamento jurídico 25).

Tal como se advierte del razonamiento citado, el Tribunal Constitucional no analiza con profundidad la relación entre ambos principios, pero, además, parece adoptar una definición de pluralismo económico limitada a la “igualdad entre competidores” y de “paridad” entre empresas públicas y privadas. Una definición que, aunque correcta, debe ser por lo menos considerada incompleta (Gutiérrez, 2013, p. 59)⁽²¹⁾, sobre todo porque la paridad y el trato igualitario entre empresas públicas y privadas ya son consagrados por el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución, mientras que la libre competencia, como principio, es protegida por el artículo 61 del mismo cuerpo normativo. Por tanto, la posición del Tribunal Constitucional respecto al principio de pluralismo económico resultaría redundante.

En concreto, por pluralismo económico debe entenderse aquel principio que postula que el régimen económico debe construirse a partir de la confluencia y respeto de distintas formas de propiedad y de empresa. Esto, en clara alusión a la importancia que tiene la transacción sobre derechos de propiedad en el mercado y la necesidad de reconocer distintas manifestaciones de este derecho en función a la naturaleza del objeto sobre el cual recae, por ejemplo, sobre bienes materiales o inmateriales; o de acuerdo al titular del mismo, por ejemplo, la propiedad pública, propiedad privada, propiedad indígena, etc. Así como de distintas formas de empresa que, del mismo modo, pueden ejercerse de diversas formas, distintas formas societarias o esquemas asociativos, obedecer a distintos titulares, es decir, empresas estatales, empresas privadas; y distintas nacionalidades, esto es con inversión privada, con inversión extranjera, con inversión mixta. Este pluralismo no solo exige una mera confluencia y un trato

igualitario, sino que también justifica un trato diferenciado según las propias condiciones del tipo de propiedad o empresa⁽²²⁾, desde luego, sin caer en supuestos de exclusión o discriminación.

Expuesto de este modo, el principio de subsidiariedad guarda estrecha relación con el principio de pluralismo, pues con base en éste, la actuación empresarial del Estado, excepcional de acuerdo con el artículo 60, está reconocida dentro del diverso conjunto de formas de propiedad y empresa, pero también está justificado que se la sujete a tratos diferenciados en virtud de esa titularidad pública, sin que esto signifique alterar el adecuado proceso competitivo. Esto explica, en mi posición, que las empresas públicas se sujeten a reglas particulares de control y gestión, es decir, la observancia de sistemas administrativos o que se les asignen encargos especiales⁽²³⁾ que, en condiciones de libertad, no podrían ser impuestas a empresas privadas; pero también, la subsidiariedad, aplicada en el marco del pluralismo económico, justifica una intervención supletoria por parte del Estado en aras del bien común, lo que supondrá que éste pueda limitar, fiscalizar, sancionar e incentivar la dinámica del mercado teniendo en consideración los distintos tipos de propiedad y empresa que interactúan en el mercado. En este sentido, no solo la participación empresarial pública, sino toda acción del Estado que procure el fomento o la limitación de la iniciativa privada, además de subsidiaria, deberá ejercerse teniendo en cuenta las múltiples formas de propiedad y empresas que pueden ser objeto de la intervención, evaluándose para cada caso la opción adecuada.

(21) Una crítica que comparto con Gutiérrez Camacho.

(22) Así pues, el análisis civilista de la propiedad, bajo un enfoque occidental, no puede ser aplicado sin más en espacios donde un colectivo alega ser titular de un derecho de propiedad indígena, siendo que está última involucra una concepción particular y distinta en donde la “cosa” es un elemento más dentro de una cosmovisión, historia e identidad que envuelve al bien y que le da un sentido particular de pertenencia al colectivo indígena.

(23) Cuestión regulada en el numeral 5.2 del artículo 5 del Decreto Legislativo 1031: “Las Empresas del Estado sólo podrán recibir encargos especiales, mediante mandato expreso, aprobado por Decreto Supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. En este caso, las Empresas del Estado deberán ser provistas de los recursos necesarios para su sostenibilidad financiera, debiendo registrarse dichos encargados en una contabilidad separada, y revelarlos adecuadamente en sus estados financieros. Cuando los encargos especiales califiquen como proyectos de inversión pública, para que éstos puedan ser ejecutados por las Empresas del Estado, deberán contar previamente con las evaluaciones correspondientes dentro del marco del Sistema Nacional de Inversión Pública”.



Se advierte, entonces, que el principio de subsidiariedad ha recibido también un tratamiento amplio por parte del Tribunal Constitucional, pero, sobre todo, ha recibido una atención complementada con otros principios constitucionales, en donde destacan el carácter “social” del régimen económico de mercado, el pluralismo económico y la vinculación a los derechos fundamentales de la persona. La subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional rechaza la idea de un Estado ausente y, más bien, justifica uno presente siempre y en la medida que no desconozca la premisa de libertad y libre desarrollo de las personas, y sepa conciliar, mas no confrontar, los intereses públicos y privados.

5. La tutela del principio de subsidiariedad desde las normas de competencia. Una crítica desde la cláusula de Estado social y los derechos prestacionales

El análisis del principio de subsidiariedad en el ordenamiento peruano estaría incompleto sin hacerse una referencia al desarrollo que éste ha merecido desde las normas del Derecho de la competencia y, en concreto, la atención brindada en la práctica resolutive del INDECOPI (Zúñiga-Fernández, 2015, pp. 60-62). Desde el año 2001⁽²⁴⁾ y, con mayor efectividad, desde el año 2008 con la dación del Decreto Legislativo 1044, el INDECOPI cumple un importante rol en el respeto del principio de subsidiariedad (Bravo et al., 2021, p. 186). Actualmente, su labor está referida a reprimir la competencia desleal que se origina con la actividad empresarial del Estado, cuando ésta infringe las condiciones exigidas por el artículo 60 de la Constitución y comete actos de violación de normas en los términos a los que se refiere el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044.

Desde luego, abarcar los criterios adoptados en cada caso resuelto a la fecha por el INDECOPI exige un estudio que escapa al propósito del presente, por lo que es suficiente

detenerme en el criterio adoptado en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010. Esta decisión, que además reviste carácter de precedente de observancia obligatoria⁽²⁵⁾, aprobó una suerte de “test de subsidiariedad” para evaluar adecuadamente si una actividad empresarial infringe lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución. El referido “test” comprende básicamente cuatro pasos⁽²⁶⁾: la identificación de una actividad como empresarial; la autorización legal expresa para su desarrollo; la evaluación del carácter subsidiario de la misma; y, la precisión del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, contenida en ley expresa, que justifica la actividad. Si bien es cierto que el criterio aprobado por el INDECOPI ha contribuido a la efectividad del principio de subsidiariedad en materia económica, también lo es que este criterio no ha sido del todo claro y, en algún extremo, ha adoptado una posición alejada de los principios de solidaridad y de vinculación a los derechos fundamentales. En tal sentido, es menester referirme a ella en dos aspectos puntuales: cuándo calificar a una actividad prestacional como empresarial; y, qué límites observar al analizar su carácter excepcional.

Comencemos por referirnos al criterio con base al cual el INDECOPI califica a una actividad como empresarial. Es cuestión carente de discusión que, tanto en la actividad empresarial como en los servicios públicos, la Administración no ejerce poder público ni incide directamente en la libertad⁽²⁷⁾, sino que solo presta bienes y servicios. En ambos

- (24) Con la aprobación del Decreto Supremo 034-2001-PCM, se aprobaron diversas disposiciones para que el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado [FONAFE] controlara que la actividad de las empresas bajo su ámbito se adecuara a lo previsto en el artículo 60 de la Constitución. Esta fue la primera norma que introdujo algunas reglas o procedimientos para velar por la observancia del principio de subsidiariedad en materia económica por parte del Estado, destacando la participación del INDECOPI, entidad de la cual FONAFE podía requerir un informe de evaluación sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de las empresas a su cargo. Sin embargo, este marco normativo resultó limitado, puesto que las recomendaciones o conclusiones del INDECOPI, fueron trece informes evaluando la situación de empresas en el mismo número, no gozaron más que de una labor consultiva. Para más información en el mismo sentido, véase “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución 3134-2010/SC1- INDECOPI” de Luis Diez Canseco Núñez & Crossby Buleje Díaz (2011, p. 222).
- (25) La condición de precedente de observancia obligatoria de esta decisión no está exenta de cuestionamientos. Quienes niegan esta condición, en donde me incluyo, son enfáticos al señalar que esta resolución no ha cumplido con ser publicada en el diario oficial El Peruano, lo cual es un requisito que exige el artículo VI del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS, para efectos de calificar como precedente de observancia obligatoria.
- (26) Este “test”, en realidad, recoge en gran parte el criterio que el INDECOPI había expuesto en los informes que emitió con ocasión de la consulta que le formulara el FONAFE en el año 2001, con base a lo dispuesto en el Decreto Supremo 034-2001-PCM.
- (27) Lo que no niega que la calificación de un servicio como público sí afecta la libertad de empresa. El servicio público es actividad prestacional, pero también un título de intervención que, en muchos casos, involucrará una limitación más gravosa.



casos, sin embargo, se pueden identificar empresas públicas detrás de la prestación de estos, pero en algunos casos identificaremos a empresas públicas como prestadoras de servicios públicos y, en otros, como prestadoras de actividades meramente empresariales. En algunas ocasiones, incluso, no se requerirá la constitución de una empresa pública para la ejecución de estas prestaciones, pudiendo realizarse éstas a través de la propia estructura ordinaria de la Administración. Por tanto, la forma que se emplee no definirá a la actividad. Esta última, más bien, estará definida por el carácter esencial o no de la prestación en interés de quien la recibe. Cuando la prestación del bien o servicio califique como esencial, estaremos ante una actividad de servicio público, caso contrario, estaremos ante actividades industriales, comerciales o puramente empresariales. El carácter esencial de la prestación y la obligación de satisfacerla estarán dados necesariamente por la Constitución o las leyes⁽²⁸⁾.

Sobre el particular, el precedente en cuestión ha definido a la actividad empresarial en un sentido negativo, al señalar que ésta será aquella dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole en la

que no se ejerzan poderes públicos (*imperium*) o se atiendan prestaciones asistenciales (INDECOPI, 2010, párr. 37, 39 y 42)⁽²⁹⁾. No obstante, la definición así dada genera una complicación mayor: ¿cómo distinguir entre una prestación asistencial y otra de carácter empresarial? ¿la prestación de servicios públicos económicos por el Estado debe someterse a los mismos criterios del “test de subsidiariedad”? La casuística resuelta por INDECOPI en otros casos suscita no pocas dudas para absolver estas preguntas (INDECOPI, 2011)⁽³⁰⁾.

Sobre lo primero, llama la atención a qué prestaciones se hacen referencia bajo el título de “prestaciones asistenciales”, pues, aunque podría señalarse que con estas se hacen referencia a los servicios públicos sociales⁽³¹⁾, lo cierto es que la definición que emplean para referirse a aquéllas está acotada a las prestaciones de carácter social destinadas a

- (28) En algunas ocasiones, podremos encontrar posiciones en torno a qué define a la actividad empresarial del Estado. Algunos, en una posición que no comparto, la aluden como toda provisión de bienes o servicios a los consumidores a cambio de una contraprestación o de manera gratuita, a través de una empresa o entidad públicas, exponiendo una definición demasiado amplia que no permite distinguirla de otras modalidades de actuación administrativa como lo es el servicio público. Por ejemplo, así la definen Díez Canseco & Buleje (2011, p. 225).
- (29) El INDECOPI señaló que “se incluirá dentro de la categoría de actividad empresarial toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de *imperium* ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio”. A su criterio, “la actividad empresarial debe diferenciarse de la denominada ‘actividad estatal de autoridad pública’, que es aquella que se manifiesta en el ejercicio estatal de *ius imperium* o atribuciones soberanas” (párr. 39); y también de aquella actividad de corte asistencial, la cual “comprende a todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es, su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social” (párr. 42).
- (30) En dicho caso, Tarucani Generating Company S.A. [TGC] denunció a la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. [EGASA], entre otros motivos, por infringir el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al involucrarse en actividades de generación hidroeléctrica y obtener concesiones temporales para realizar estudios para futuras centrales. La Sala de Competencia revocó la resolución de primera instancia, que había declarado fundada la denuncia, argumentando que existía una ley expresa, la Ley 23406 – Ley General de Electricidad, que autorizaba a EGASA a realizar generación eléctrica y obtener concesiones para nuevos proyectos hidroeléctricos. Al tratarse de una norma anterior a la Constitución de 1993, no se le aplicó el test de subsidiariedad. INDECOPI, en este caso, asumió sin un análisis profundo que la generación de electricidad era una actividad empresarial y se limitó a evaluar el cumplimiento de los requisitos constitucionales para su desarrollo, sin cuestionar la naturaleza misma de la actividad ni la pertinencia de su regulación bajo los principios de competencia y subsidiariedad. Para ahondar sobre este caso, véase “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos” de María Quiñones (2012, p. 70).
- (31) No es lugar para detenerse en ello, pero para efectos de este estudio, considero que el “servicio público” en el Perú no es aquel concepto clásico francés ni mucho menos aquel tradicionalmente estudiado en España, apegado a la idea de titularidad o *publicatio*. Conuerdo aquí con Baca (2008, pp. 359-392). En el mismo sentido, aunque aludiendo a la existencia de una titularidad estatal, pero que no supone “apropiarse de la actividad” ni “extraerla del mercado”. Sobre ello, véase “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana” de Jorge Danós (2008, p. 259), y también “Teoría de los servicios públicos” de Orlando Vignolo (2009, pp. 13-31). A mi criterio, lo que el ordenamiento peruano refiere como “servicio público” va ligado, en realidad, a un carácter fáctico de esencialidad en su prestación, sentido objetivo, y que justifica una intervención singular por parte del Estado para garantizar su prestación, directa o indirecta, de acuerdo con criterios de regularidad, continuidad, universalidad y progreso tecnológico. A partir de las disposiciones constitucionales y legales, este servicio público, en el Perú, puede clasificarse en dos tipos: servicios públicos económicos, caracterizados por brindarse en un régimen de libre iniciativa privada, competencia (de ser posible) y en donde el Estado solo presta directamente los mismos de forma subsidiaria; y, servicios públicos sociales, los que comprenden únicamente las materias que constitucionalmente así se establezcan (educación, salud, seguridad social) y en donde el Estado asume una obligación de prestación y concurre, no compete, con el sector privado en su cumplimiento, sin resultar aplicables, en mi posición, las reglas de competencia, ni de subsidiariedad.



favor de “particulares de bajos recursos” (INDECOPI, 2010b), diferenciación que no realiza la Constitución cuando atribuye estas obligaciones al Estado, pues le encomienda la tarea de atender estas necesidades sociales a favor de todos, con clara vocación de universalidad⁽³²⁾. Acoger esta definición restrictiva, supondría someter al “test de subsidiariedad” a las restantes prestaciones sociales que no cumplen con ser “asistenciales” en los términos definidos por esta entidad⁽³³⁾. En mi posición, habría sido más adecuado que INDECOPI se refiriera a los “servicios públicos sociales” en general y excluyera a todos estos del análisis de subsidiariedad. Esto se justificaría en el hecho de que el Estado asume, en estos casos, la obligación de atender o prestar ciertos servicios que la Constitución dispone como parte de los derechos sociales o programáticos de las personas. No cabe, en tal sentido, la aplicación de las reglas ordinarias de mercado y libre competencia ni su sometimiento al “test de subsidiariedad”, pues esta obligación prestacional

del Estado exige más bien su participación, la cual, sin embargo, no niega la participación privada, la que concurre y participa en dicho segmento en ejercicio de su libre iniciativa, pero no compete en términos formales con el Estado⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾. Los servicios públicos sociales, por su especial connotación prestacional, serán aquellos enunciados como tales a nivel constitucional, entre los cuales, en el caso peruano, destacan la salud⁽³⁶⁾, la educación⁽³⁷⁾, la pensión⁽³⁸⁾ y la seguridad social⁽³⁹⁾.

Cuestión distinta es la que surge sobre lo segundo, es decir, cuando nos referimos a los servicios públicos económicos⁽⁴⁰⁾. Existen posiciones que sostienen que la prestación de estos no debe estar sujeta al análisis de subsidiariedad (Kresalja & Ochoa, 2020, pp.

(32) Esto no niega que algunas prestaciones de servicio público social sean brindadas solo a favor de sectores vulnerables, en situación de pobreza, discapacidad, según su edad u otros criterios.

(33) Otros, en cambio, tienen una posición distinta. Así, Diez Canseco & Buleje (2011, p. 234) expresan su preocupación por la “puerta abierta” que suponen los “servicios asistenciales”, pues estos no merecerían análisis bajo el “test de subsidiariedad”. Pareciera que su preocupación sería mayor en caso se reconocieran derechos que deben ser atendidos con determinados servicios, citando el ejemplo del servicio de internet, en donde el Estado podría irrogarse la posibilidad de prestarlos de forma empresarial: “Resulta más crítico aun cuando interfieren cuestiones políticas, como por ejemplo si es que se pretende considerar el servicio de internet como un derecho fundamental (la banda ancha) lo que podría facilitar la elusión de la aplicación de la LRCD”. No comparto la posición expuesta, puesto que la atención o no de un “derecho fundamental”, como un eventual derecho al internet, siguiendo el ejemplo, a través de la prestación bienes o servicios no excluye a ésta del análisis de subsidiariedad. Lo que la excluye de dicho análisis, como expongo en este punto, es su expresa atribución constitucional como obligación del Estado.

(34) “Concurrencia sin competencia” como la denomina Bernardo, citado por Rebollo Puig & Vera (2017, p. 143). Es el caso, por ejemplo, de los colegios públicos que concurren con colegios privados; de los hospitales que concurren con clínicas privadas; y de la ONP y las AFP en materia de pensiones. En estos casos, las prestaciones públicas se brindan por obligación constitucional, pero a los privados también les asiste su derecho de libre iniciativa para prestar estos servicios. Ello es lo que Vignolo (2012, pp. 333-341) se propone denominar como “servicio público compartido”. En caso así lo hagan, mal podríamos indicar que las escuelas y hospitales públicos compiten con sus pares privados. Por la misma razón, la lectura del principio de subsidiariedad no correspondería aplicarse en estos casos.

(35) Esto no niega que, en determinados casos, tras la fachada de una actividad prestacional de servicio público social se incluyan prestaciones empresariales contrarias al artículo 60 de la Constitución, tal como ocurrió en el caso resuelto por la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

(36) El artículo 7 de la Constitución señala que “todos tienen derecho a la protección de su salud”, siendo que el “Estado determina la política nacional de salud (...) facilitando el acceso equitativo a los servicios de salud” (artículo 9). Asimismo, este derecho involucra también al sector privado, pues “el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas” (artículo 11).

(37) “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana” (artículo 13). “Toda persona natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley” (artículo 15). “Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas” (artículo 16). “La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación” (artículo 17), pero no solo ello, sino que el Estado también se compromete a “subvencionar la educación privada en cualquier de sus modalidades” (artículo 17), lo que alude nuevamente a esta situación de concurrencia entre la educación pública y la privada. Esto también se confirma en el nivel universitario, siendo que “las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento” (artículo 18).

(38) Respecto del cual la Constitución también reconoce la participación de los sectores público y privado: “el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas” (artículo 11).

(39) “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social” (artículo 10). “Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles” (artículo 12).



452-459; Quiñones, 2012, pp. 69-72), pues el artículo 58 de la Constitución reconoce un rol activo al Estado en esta materia. Sin embargo, omiten señalar, los que esto sugieren, que dicho rol debe cumplirse bajo un régimen de libre iniciativa privada y de economía social de mercado, que es precisamente lo que indican las dos primeras oraciones del referido artículo 58 y que dichos fundamentos se verían desplazados si el Estado pudiera participar empresarialmente sin limitación alguna. Además, una lectura sistemática del artículo 58 y el artículo 60 de la Constitución insistiría en que esta actuación empresarial solo debería efectuarse de forma subsidiaria, permaneciendo en el Estado, eso sí, una labor especial en su supervisión y regulación. Entonces, a diferencia de lo que ocurre con los servicios públicos sociales, los de carácter económico son prestados en un régimen de competencia enteramente librado a la iniciativa privada y, como tal, están sujetos al análisis de subsidiariedad.

Mención aparte ameritan los servicios públicos económicos que son prestados actualmente por empresas públicas y que así han venido siéndolo incluso con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo 1044. En estos casos, en mi posición, el análisis a realizarse por la agencia de competencia debería corresponder únicamente a las condiciones de igualdad que exige el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución. Esto se condice con una realidad innegable: por más que INDECOPI cuestione una actuación empresarial pública, en ningún caso podrá expulsar a una empresa estatal del mercado ni exigir su privatización; incluso, sus recomendaciones o “abogacías” pueden quedar solo en eso. Por tanto, lo más efectivo es que su análisis se enfoque en advertir que el tratamiento y el desempeño de esta empresa pública se ajusta a las mismas condiciones que sus pares privados, esto es, en igualdad. Contra estas últimas, de ser el caso, las decisiones del INDECOPI gozarían de mayor relevancia y efectividad en la práctica y coadyuvarían, además, a darle desarrollo práctico al principio de igualdad entre empresas públicas y privadas previsto en el tercer párrafo del artículo 60.

Por último, una reflexión también requiere el control del carácter excepcional de la actividad empresarial o, como refiere el artículo 60 de la Constitución, la justificación de alto interés público y manifiesta conveniencia nacional. Sobre esto, el criterio resolutivo en estudio ha reconocido que no le corresponde a la agencia de competencia revisar dichas razones, lo cual debe ser cumplido enteramente por el Congreso de la República en un análisis que obedecerá a campos que van más allá del análisis de eficiencias y mercados. Por lo que, de acuerdo

con el INDECOPI, “cuando el parlamento expida la ley autoritativa y exprese en ella las condiciones de interés público o conveniencia nacional que sustentaron su aprobación, se entenderá cumplido el requisito” (INDECOPI, 2010a, párr. 127). No obstante, agrega que, cuando la ley autoritativa omita la referencia a dicha justificación, “se verificará el incumplimiento del tercer y último requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución” (INDECOPI, 2010a, párr. 127). Este último extremo es el que genera cierta polémica.

Por una parte, no debería mantenerse una rigidez de este tipo en la evaluación de la justificación excepcional. La aprobación de una ley, en términos formales, es producto de una propuesta, deliberación y aprobación que puede contener ya la evaluación del alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional. En tal sentido, la sola aprobación de la ley contiene tácitamente la consideración de que la actividad empresarial autorizada cumple con la justificación exigida a nivel constitucional. Del mismo modo, esta posición parece omitir que las leyes pueden no recoger la justificación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, pero sí haber cumplido con efectuarla con ocasión de la exposición de motivos que dio lugar al texto legislativo.

Por la otra, considero que el análisis debería únicamente concentrarse en el plano material y competitivo que involucra a la actividad empresarial pública y a sus pares privados, sin evaluar cuestiones que ascienden a un plano formal y legislativo, al cual la Administración Pública está finalmente subordinada. Con esto me refiero a que el rol del INDECOPI debe enfocarse a combatir aquello que, en el plano material, convierte a la actividad empresarial pública en una competencia desleal. Esto se cumple con la verificación de la existencia de una ley formal expresa autoritativa, con el cumplimiento del carácter subsidiario de la actividad empresarial desempeñada y, por último, con

(40) Es el caso de los servicios de energía, telecomunicaciones, agua y saneamiento, transporte, entre otros. En estos casos, no existe una disposición constitucional que permita (o exija) su prestación directa a cargo de la Administración. Asimismo, la prestación se realiza en una lógica de libre iniciativa privada y subsidiariedad, pero, como servicios públicos que son, bajo una fiscalización y limitación públicas justificadas para garantizar su prestación regular, continua y universal.



el respeto de brindar a las empresas públicas y privadas el mismo tratamiento legal, tercer párrafo del artículo 60. Sobre esto último, sin embargo, el criterio resolutorio no expone mayor detalle.

Con todo lo expuesto, no debemos negar que el criterio resolutorio del INDECOPI es una decisión valiosa y que ha sido oportuna para brindarle un aterrizaje práctico a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución. Posteriores casos, sin embargo, deberán proponer una diferenciación más clara entre los servicios asistenciales y empresariales, considerando, principalmente, que en los primeros (recogidos como tales a nivel constitucional) no resultan aplicables las reglas de mercado y competencia, y que no están limitados únicamente a determinados grupos de la sociedad. Considero que ésta sería una lectura más próxima a la cláusula de Estado social dispuesta en el artículo 43 de la Constitución⁽⁴¹⁾ y perfectamente compatible con el principio de subsidiariedad, el que precisamente explica el carácter social de nuestro modelo económico de mercado, y que comulga con el principio de vinculación a los derechos fundamentales (donde destacan los derechos prestacionales de las personas como son la salud, la educación y la seguridad social).

6. Conclusiones

El análisis del principio de subsidiariedad horizontal en el contexto del ordenamiento jurídico peruano revela su importancia como un marco regulador esencial para equilibrar la intervención del Estado y la libertad de los particulares en la actividad económica. La subsidiariedad horizontal, tal como se presenta en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, establece un mandato claro: la intervención del Estado en la economía debe ser una excepción y no la regla, reservada solo para casos de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, y siempre debidamente autorizada por una ley expresa.

La aplicación de este principio no solo limita la participación estatal en actividades empresariales, sino que también protege el derecho de los ciudadanos a desenvolverse libremente en el mercado, reforzando así la premisa de que la creación de riqueza y la actividad económica deben ser impulsadas principalmente por la iniciativa privada. Además, el análisis resalta la necesidad de que el Estado adopte un rol regulador y supletorio en casos donde la iniciativa privada es insuficiente o donde se presentan fallas de mercado que afectan el bienestar común.

Por otro lado, el estudio destaca la insuficiencia de la actual aplicación del principio de subsidiariedad, ya

que frecuentemente se restringe a una interpretación meramente económica, sin reconocer su impacto en otros ámbitos de la vida social y en la configuración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La revisión normativa y jurisprudencial muestra que la subsidiariedad debe ser entendida de manera más amplia, como un principio transversal que abarca tanto las esferas económica, social y administrativa, asegurando que la intervención estatal se justifique no solo por la falta de actores privados, sino también como una respuesta proporcionada y temporal en beneficio del bien común.

En definitiva, el principio de subsidiariedad horizontal en el Perú exige una continua reevaluación de las funciones y límites del Estado en la economía. Ello promueve un entorno donde la libertad individual y la intervención pública coexistan de manera armoniosa y efectiva para el desarrollo integral de la sociedad.

Referencias bibliográficas

- Aroney, N. (2014). Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas. En M. Evans & A. Zimmermann (Eds.), *Global Perspectives on Subsidiarity* (Vol. 37, pp. 9-27). Springer Netherlands. https://doi.org/10.1007/978-94-017-8810-6_2
- Baca, V. (2008). El servicio público, el servicio esencial y la noción de servicio universal y su aplicación en el derecho peruano. *Foro Empresarial*, 2, 65-88.
- Bravo, S. et al. (2021). State intervention and the principle of subsidiarity in Peru. *Veritas & Research*, 3(2), 185-193. <http://revistas.pucesa.edu.ec/ojs/index.php?journal=VR&page=article&op=view&path%5B%5D=76>
- Brennan, P. (2014). Subsidiarity in the Tradition of Catholic Social Doctrine. En M. Evans & A. Zimmermann (Eds.), *Global Perspectives on Subsidiarity* (Vol. 37, pp. 29-47). Springer Netherlands. https://doi.org/10.1007/978-94-017-8810-6_3
- Bullard, A. (2011). El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad. *Revista de Derecho*

(41) Constitución Política del Perú. Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.



Administrativo, (10), 199-209. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13689>

Cairampoma, A. (2012). (Re)interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano. En *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Palestra Editores.

Calderón, R. (2011). Una nueva perspectiva sobre los alcances de la actividad empresarial del Estado en el Perú. Entrevista al Dr. Eduardo Quintana Sánchez. *Derecho & Sociedad*, (37), 315-321. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13181>

Chang, G. (2015). La subsidiariedad del estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. En L. Córdova & A. Becerra (Coord.), *II Convención Estudiantil de Derecho Público*. Palestra Editores.

Constitución Política del Perú [Const.]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Cruces, A. (2021). *Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Palestra Editores.

Danós, J. (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. *THÉMIS Revista de Derecho*, (55), 255-264. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236>

Diez, J., & Buleje, C. (2011). Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1- INDECOPI. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 221-235. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13691>

Gutierrez, W. (2013). Comentario al artículo 60 de la Constitución peruana de 1993. En *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. (2.ª ed., Tomo II). Gaceta Jurídica.

Hakansson, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional* (4.ª ed.). Palestra Editores.

Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. *Revista IUS ET VERITAS*, 24(50), 368-397. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827>

Kresalja, B. (2010). *El principio de subsidiariedad en materia económica : análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993* (1ª ed.). Palestra Editores.

Kresalja, B., & Ochoa, C. (2020). *Derecho constitucional económico* (2ª ed.). Fondo Editorial de la PUCP.

Loo, M. (2010). La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile. *Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33(2). <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/713>

Martínez, J. (2010). El principio de subsidiariedad. En J. Santamaría (Direct.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (pp. 1275-1310). La Ley.

Nieto, M. (2000). Interpretación y desarrollo del principio de subsidiariedad. En E. Banús (Eds.), *Subsidiariedad: historia y aplicación*. Centro de Estudios Europeos Universidad de Navarra. <http://hdl.handle.net/20.500.14352/61006>

Papa Juan Pablo II (1987). *Encíclica Sollicitudo Rei Socialis*. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html

Papa Juan XXIII (1961). *Encíclica Mater et Magistra*. https://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html

Papa León XIII (1892). *Carta Encíclica Rerum Novarum*. https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

Papa Pío XI (1931). *Encíclica Quadragesimo Anno*. https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html

Pontificio Consejo "Justicia y Paz." (2005). *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*. https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html

Quiñones, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (12), 65-73. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13490>

Rebollo, M., & Vera, D. (2017). *Derecho administrativo* (Tomo III). Tecnos.

Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual] (2010a, 29 de noviembre). Aprobación de un precedente de observancia obligatoria que interpreta la aplicación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044.

Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual] (2010b, 14 de septiembre). Caso Clínica Santa Teresa.

Resolución 0778-2011/SC1-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual] (2011, 4 de abril).

Ross, W. (1957). *Aristóteles* (1ª. Ed.). Editorial Sudamericana.

Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-PI/TC (2003, 11 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia recaída en el Expediente 0034-2004-AI/TC (2004, 15 de julio). Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia recaída en el Expediente 7320-2005-PA/TC (2006, 23 de febrero). Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia recaída en el Expediente 0019-2006-PI/TC (2007a, 14 de marzo). Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia recaída en el Expediente 0034-2004-AI/TC (2007b, 13 de abril). Tribunal Constitucional del Perú



Sentencia recaída en el Expediente 7339-2006-AA/TC (2007c, 13 de abril). Tribunal Constitucional del Perú.

Vignolo, O. (2012). Apuntes para el entendimiento jurídico de los Servicios Asistenciales Sanitarios Públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (11), 333-341. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13564>

Vignolo, O. (2019). *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y surgimiento de la Administración Pública regulatoria en el Perú*. Palestra Editores.

Zúñiga-Fernández, T. (2015). The principle of subsidiarity as the essential restriction on Peruvian state business activity under pro-competitive conditions. En J. Drexler & F. Di Porto (Eds.), *State-initiated restraints of competition*, 55-63. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781784714987.00012> 



¿El sistema de eliminación de barreras burocráticas es constitucional?: Un debate a partir del caso de la tercerización laboral^(*)(**)

Is the system for eliminating bureaucratic barriers constitutional?: A debate based on the case of labor outsourcing

Sonia Quiñonez López^(*)**

Universidad Continental (Huancayo, Perú)

Jesús Hernández Peña^(**)**

Universidad Continental (Huancayo, Perú)

Resumen: El presente artículo discute la constitucionalidad del sistema de eliminación de barreras burocráticas que ejerce la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) y la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas (SEL) del INDECOP. De este modo, se demuestra que estas entidades no realizan un control constitucional en sentido estricto, sino que se limitan a declarar la ilegalidad o falta de razonabilidad de las barreras burocráticas, sin derogar las normas subyacentes. De allí que no asumen funciones jurisdiccionales ni realizan un control constitucional propiamente dicho de las disposiciones administrativas generales y actos administrativos, sino que garantizan la legalidad y razonabilidad de la regulación administrativa, coexistiendo con otras formas de control constitucional como la acción popular y el control difuso.

Palabras clave: Barreras burocráticas - Constitucionalidad - Acción popular - Control difuso - Legalidad - Razonabilidad - Reglamento - Acto administrativo

Abstract: The present article discusses the constitutionality of the system for eliminating bureaucratic barriers implemented by the Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) and the Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas (SEL) of INDECOP. It demonstrates that these entities do not engage in strict constitutional review but are limited to declaring the illegality or unreasonableness of bureaucratic barriers without repealing the underlying norms. Thus, they do not assume jurisdictional

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 11 de agosto de 2024 y su publicación fue aprobada el 30 de diciembre de 2024.

(**) Los autores precisan que el presente artículo se centrará en el análisis del sistema de eliminación de barreras burocráticas en el marco del ordenamiento jurídico peruano, sin abordar la existencia de sistemas análogos en otros países.

(***) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por la misma casa de estudios, y especialista en Derechos Humanos Laborales y Gobernanza Global por la Universidad Castilla - La Mancha. Docente en la Universidad Continental y Universidad Científica del Sur. Miembro del grupo de investigación Desconexión digital en el trabajo [DesC-Labor] de la Universidad de Valencia. Vicepresidenta del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Jefa de relaciones laborales de una empresa trasnacional. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-6403-7625>. Correo electrónico: squinonez@continental.edu.pe.

(****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magíster en Derecho de la Empresa por la Escuela de Posgrado de la PUCP. Docente de la Universidad Continental sede Huancayo y la Universidad San Martín de Porres, colaborador de eventos académicos y autor de publicaciones en materia de regulación y barreras burocráticas. Abogado asociado del área de competencia y arbitraje de BuenoLercari Consultores. Reconocido por Leaders League en 2022, 2023, 2024 y 2025 en los rankings "arbitration", "competition antitrust" y "administrative litigation". ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2699-1307>. Correo electrónico: jesus.rhernandezpena@gmail.com.



functions nor conduct a proper constitutional review of general administrative provisions and administrative acts. Instead, they ensure the legality and reasonableness of administrative regulation, coexisting with other forms of constitutional control such as the popular action and diffuse control.

Keywords: Bureaucratic barriers - Constitutionality - Popular action - Diffuse control - Legality - Reasonableness - Regulation - Administrative act

1. Introducción

Las barreras burocráticas, entendidas como aquellas medidas que adopta el Estado para regular el ejercicio de actividades económicas en el mercado, tienen distintos efectos en los agentes económicos. Según la Oficina de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOP), las barreras incrementan los costos de inversión, reducen las utilidades proyectadas por los empresarios y generan el cierre de mercados (2023, p. 12). Asimismo, generan costos indirectos que impactan negativamente al mercado: cancelación o retraso de proyectos de inversión, lo cual reduce la creación de empleos y competencia. Esto podría repercutir en una menor oferta que satisfaga las necesidades de los consumidores, lo que tendría una afectación negativa en la formalización de empresas.

Según Norman Loayza, los altos costos del cumplimiento del marco legal de un país es una de las causas que origina la informalidad, en la medida que los beneficios que conlleva la formalidad, como la obtención de licencias, pago de impuestos y tasas, pago de obligaciones laborales, la protección policial y demás) no son lo suficientemente altos (2007, pp. 49-50). Asimismo, según la Defensoría del Pueblo, una de las consecuencias del empleo informal es el no contar con la protección ni los beneficios sociales regulados por ley, lo cual afecta el modo de vida de los trabajadores (2020, pp. 4-6). En ese sentido, podemos advertir que la informalidad de empresas puede verse influenciado por costos vinculados al cumplimiento de normativa que implicarían una revisión de las barreras económicas de la formalización e incentivos mayores para empresas.

Si bien estos efectos podrían llevarnos a pensar que las barreras solo generan consecuencias negativas para los agentes económicos. Lo cierto es que estas tienen como naturaleza legal proteger los derechos de la comunidad e interés público. Sin embargo, existen barreras que no cumplen los criterios de legalidad y razonabilidad. Frente a ello, el Estado le ha otorgado a INDECOP las competencias necesarias para eliminarlas. De esta forma, crearon un sistema de eliminación de barreras burocráticas único en el mundo cuyo principal objetivo es fomentar la realización de actividades económicas

formales y erradicar costos que impidan el desarrollo de los mercados.

Este sistema tiene una antigüedad de más de diez años y su efectividad lo podemos ver en cifras. Solo en el año 2022, la Oficina de Estudios Económicos del INDECOP (2023) calculó que la supresión de seis mil noventa y tres (6,093) barreras burocráticas a nivel nacional representó un ahorro directo de S/ 62.6 millones y un ahorro indirecto de S/ 19.6 millones. Esto último, por su parte, hizo que se incrementara el atractivo de proyectos de inversión, se crearan puestos de trabajo y se mejorara la competencia, sobre todo, en el sector construcción, donde el ahorro de costos llegó hasta más de S/ 10 millones (pp. 28-36).

Es evidente que el sistema de eliminación de barreras burocráticas genera beneficios al mercado y aporta a la correcta realización de los negocios en el Perú. Sin embargo, el hecho que el sistema esté a cargo de INDECOP, y que aquel pueda dejar sin efecto barreras materializadas en actos administrativos y/o reglamentos, es objeto de debate debido a su aparente discrepancia con el sistema de control constitucional de la actuación administrativa.

En efecto, la eliminación de barreras burocráticas ilegales o irracionales contenidas en reglamentos podría percibirse como una derogación de normas de rango infralegal, facultad que sólo les corresponde a los jueces a través de la acción popular, el cual es un control concentrado constitucional. Por su parte, la eliminación de barreras burocráticas ilegales o irracionales, en actos administrativos emitidos por otras entidades públicas, podría confundirse con un ejercicio de control difuso por parte de INDECOP, lo cual es reservado constitucionalmente a los jueces.

Este cuestionamiento constitucional a las competencias de INDECOP dentro del sistema de eliminación de barreras burocráticas se dio, por ejemplo, en el caso de la tercerización laboral ocurrida en 2022. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), con el loable propósito de abordar presuntos problemas de reducción de costos laborales y precarización del empleo,



introdujo modificaciones al Decreto Supremo 006-2008-TR – Reglamento de la Ley 29245, en adelante Reglamento de la Ley de Tercerización, a fin de crear el concepto de “núcleo de negocio” para restringir la tercerización de este tipo de actividades. Lo anterior generó preocupación y rechazo en el ámbito empresarial, pues los agentes económicos alegaban que la nueva regulación era ambigua y generaba inseguridad jurídica respecto a qué actividades podían tercerizarse y cuáles no.

Esto hizo que se iniciaran más de trescientas denuncias administrativas de eliminación de barreras burocráticas ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI (CEB) a efectos de cuestionar la nueva normativa de tercerización. Durante el procedimiento, el MTPE cuestionó la competencia de la CEB para analizar la legalidad y razonabilidad de la prohibición de tercerizar aquellas actividades del núcleo de negocio, ya que aquella se había materializado en el reglamento del Decreto Supremo 001-2022-TR y su derogación sólo podía hacerse a través de una acción popular.

Si bien este argumento no impidió que la CEB (2023) reafirmara su competencia y declare ilegal a la nueva normativa de tercerización mediante la Resolución 270-2023/CEB, lo cierto es que hizo eco en la comunidad jurídica y puso en discusión la constitucionalidad del sistema de eliminación de barreras burocráticas. Por ejemplo, en el evento “Tercerización laboral y negociaciones colectivas: perspectiva de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas” del 23 de noviembre del 2023, organizado por la Facultad de Derecho de la PUCP, se discutió respecto a si era constitucional que la CEB haya “derogado” el Decreto Supremo 001-2022-TR o no.

El debate no es menor, pues el resultado del mismo podría afectar la existencia del sistema de eliminación de barreras burocráticas y perjudicar los resultados positivos que el mismo ha venido generando. Es por ello que, en el presente trabajo, se analizará si el sistema de eliminación de barreras burocráticas es constitucional o no, para lo cual dividiremos el trabajo en tres partes.

La primera parte se enfocará en explicar el concepto de barreras burocráticas, la finalidad constitucional del sistema de eliminación de las mismas y los efectos de las decisiones de INDECOPI. La segunda parte se centrará en explicar la composición del sistema constitucional de control de las disposiciones administrativas generales y concretas de la administración pública, su naturaleza jurídica y los efectos de las sentencias de acción popular y en ejercicio de control difuso. Finalmente, en la última parte, sintetizaremos las razones por las cuáles consideramos que el sistema de eliminación de barreras burocráticas no afecta lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.

2. El sistema de eliminación de barreras burocráticas

2.1. Definición de barreras burocráticas

Como bien indica Aníbal Quiroga, el concepto de barrera burocrática se conecta, principalmente, con los de economía de mercado y libre competencia (1997, p. 334), en la medida que tiene incidencia en el ejercicio práctico de estos principios y derechos constitucionales. Como lo adelantamos, el acceso y la permanencia en el mercado de los agentes económicos se ve afectado por, entre otros factores, barreras de entrada y permanencia que encarecen o aligeran la realización de actividades económicas. Estas barreras pueden ser de todo tipo, siendo que las barreras legales son aquellas disposiciones impuestas por entidades gubernamentales que inciden, de forma positiva o negativa, en el ejercicio de derechos económicos.

Las barreras legales necesariamente generan costos en los agentes económicos, ya que contienen un mandato de acción o abstención que impacta en la forma de hacer negocios. La existencia de estos costos, per se, no hacen que las barreras legales sean ilegítimas, pues ello solo ocurrirá si las mismas son ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Dicho lo anterior y siguiendo a César Carrillo, las barreras legales vendrían a agrupar todas aquellas regulaciones que expide el Estado para limitar, restringir, prohibir o afectar el ejercicio de los derechos económicos de los administrados. Estas regulaciones pueden ser de corte legislativo, tales como la ley, el decreto legislativo y demás; o administrativo, como es el caso de reglamentos, actos administrativos, directivas, entre otros (2020, p. 413). Desde esta perspectiva, las barreras burocráticas vendrían a ser un tipo de barreras legales cuyo concepto está definido por el Decreto Legislativo 1256 – Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, en adelante la Ley de Barreras Burocráticas.

En efecto, según el artículo 3 de la mencionada ley, una barrera burocrática es cualquier exigencia, requisito, limitación,



prohibición y/o cobro impuesto por una entidad administrativa que condicione, restrinja u obstaculice el ejercicio de los derechos económicos de los administrados o, en su defecto, los afecten en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a simplificación administrativa.

La Corte Suprema de Justicia (2021), por su parte, en la Casación No. 25135-2018-LIMA, ha interpretado la definición descrita y detalló los tres elementos básicos que componen la misma, a saber: (i) el tipo de imposición, que son los mencionados en el artículo 3 de la Ley de Barreras Burocráticas; (ii) el sujeto activo que la impone, que necesariamente debe ser una administración pública; y (iii) el efecto negativo que la imposición ocasiona en los administrados.

Atendiendo a lo anterior, podemos resaltar dos puntos para nuestro análisis.

El primero es que barrera burocrática y reglamento administrativo no son sinónimos, pues el primero tiene un concepto mucho más amplio a efectos de permitirle a INDECOPI analizar cualquier forma de manifestación de voluntad de la administración pública que tenga, como finalidad, regular la actividad económica de las empresas. Esto es muy bien explicado por Francisco J. Ochoa, quien resalta que, hasta septiembre del 2015, podía interpretarse que el concepto de barrera burocrática únicamente hacía referencia a los actos y reglamentos administrativos. Sin embargo, el Tribunal de INDECOPI interpretó ampliamente el concepto para incluir a toda actuación documentaria de la administración pública, lo cual fue acogido legislativamente por el Decreto Legislativo 1212 (2014, p. 8) y, posteriormente, por la Ley de Barreras Burocráticas.

La amplitud del concepto de barrera burocrática se fundamenta en que las mismas son producto del ejercicio de la función administrativa, la cual se manifiesta de múltiples formas y a través de diversos dispositivos. Siendo que dicha función es inherente a la administración pública y está presente en todas las actuaciones que realiza, es claro que cualquier regulación emanada de dicha función, sin importar la forma en que se materialice, puede ser considerada como una barrera burocrática.

Lo anterior hace que los administrados puedan denunciar cualquier tipo de barrera burocrática que se les pretenda imponer, salvo aquellos supuestos excluidos en el punto 3 del artículo 3 de la Ley de Barreras Burocráticas. De allí que la CEB y la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (SEL) puedan revisar la legalidad y razonabilidad de cualquier barrera burocrática impuesta, sin importar si la misma se materializa en una disposición

administrativa de efectos generales, como es el caso de reglamentos o directivas, de efectos concretos, actos administrativos o actuaciones administrativas. Para entender cómo se aplica lo anterior en la práctica, citaremos dos ejemplos recientes.

El primero de ellos es el caso de la prohibición de tercerizar aquellas actividades que forman parte del núcleo del negocio, materializada en el Reglamento de la Ley de Tercerización modificada por el Decreto Supremo 001-2022-TR. En la Resolución 270-2023/CEB-INDECOPI, la CEB (2023) resolvió que las barreras burocráticas podían materializarse en cualquier tipo de disposiciones administrativas generales o concretas, por lo que era competente para analizar una barrera materializada en un decreto supremo. De esta manera, desestimó lo alegado por el MTPE y precisó que podía evaluar la prohibición de tercerizar actividades del núcleo de negocio como una barrera burocrática en tanto tiene efectos actuales y se encuentra materializada en disposiciones administrativas con efecto abstracto.

El segundo ejemplo es un caso resuelto contra la Municipalidad Distrital de Santa Eulalia en setiembre del 2024. En este caso, el Sr. Camarena López denunciaba que la mencionada autoridad edil le exigía presentar el título de propiedad de un predio para obtener la visación de planos sin que ello estuviese puesto en el TUPA. A diferencia del caso de la Tercerización, esta barrera burocrática se materializaba en tres actos administrativos de efectos concretos (Cartas 009-2024-MDSE-GDUR y 7-2024-MDSE/GDUR), lo cual no impidió que la CEB analizara el caso y declare la ilegalidad de las barreras en cuestión⁽¹⁾.

Como hemos visto en los ejemplos, el concepto de barrera burocrática es amplio y habilita a la CEB y la SEL analizarlas, sin importar la forma de su materialización. Por lo tanto, es indistinto que estemos frente a un decreto supremo, acto administrativo o actuación material administrativa, ya que

(1) Al respecto, véase Resolución 0384-2024/CEB-INDECOPI.



lo relevante es estar frente a una barrera burocrática en los términos definidos en la Ley de Barreras Burocráticas.

El segundo punto importante de la definición legal de barreras burocráticas es que su amplitud tiene límites que evitan que las competencias de la CEB y SEL se superpongan a las de otros órganos administrativos. Al tratarse de un régimen que brinda una tutela efectiva a los agentes económicos frente a barreras que obstaculicen o impidan la inversión, estos pueden verse tentados de utilizar indebidamente al sistema de eliminación de barreras burocráticas para cuestionar medidas que se encuentran en normas con rango de ley, sanciones administrativas o inclusive el pago de tributos vinculados. De allí que la Ley de Barreras Burocráticas, en su artículo 3 numeral 3, contiene una lista de supuestos que no califican como barreras burocráticas:

- a) Las disposiciones contenidas en leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional.
- b) Las disposiciones contenidas en contratos suscritos con la administración pública o relacionadas a los procesos de licitación pública.
- c) Las omisiones o inactividad administrativa, salvo su actuación sea necesaria para el ejercicio de los derechos económicos.
- d) Las tarifas o contraprestaciones por servicios prestados por el Estado o por empresas privadas o públicas.
- e) El cobro y determinación de aranceles y tributos no vinculados.
- f) Las medidas fitosanitarias y zoonosanitarias.
- g) Las controversias tributarias y las vinculadas a la determinación del tributo. Esto incluye el cobro de arbitrios a administrados sin actividad económica.
- h) La declaración de nulidad de un acto administrativo por debido procedimiento.
- i) Las sanciones administrativas.

Atendiendo a la naturaleza de los supuestos listados, podemos agruparlos en dos bloques.

Los supuestos a), d), e) y g) son aquellos en donde los derechos económicos se limitan o se ven afectados por el ejercicio de funciones o competencias distintas a la función administrativa. Como hemos indicado anteriormente, lo que se encuentra detrás de las barreras burocráticas es el ejercicio de la función administrativa, por lo que tiene sentido que todos aquellos supuestos que no cumplen con dicho requisito sean excluidos del ámbito de aplicación objetivo de la Ley de Barreras Burocráticas. Por ejemplo, en el supuesto a), se advierte el ejercicio de la función legislativa, mientras que en la supuesto e), el ejercicio del poder tributario del Estado.

Por su parte, un segundo bloque lo conformarían los supuestos b), c), f), h) y i), en donde, si bien se realiza función administrativa, se busca proteger las competencias atribuidas a distintos órganos administrativos por ley. Por ejemplo, en el

supuesto b) se busca proteger la competencia que tiene el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE) sobre todas las contrataciones públicas y los procedimientos de selección que le anteceden. En el supuesto j), por su parte, se busca que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no entorpezca el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida por ley. Nuevamente, la idea detrás de estos supuestos es preservar el principio de legalidad en las actuaciones de la CEB y la SEL y evitar que el sistema sea utilizado para fines ajenos a su fundamento.

Cabe resaltar que los supuestos descritos no son taxativos e INDECOPI tiene la potestad de aplicar el concepto de barreras burocráticas a cada caso concreto para verificar su competencia. Por ejemplo, la SEL analizó si la exigencia de contar con un lactario ubicado en un ambiente de mínimo 10 m², materializada en el Decreto Supremo 001-2016-MIMP, podía ser calificada como una barrera burocrática y concluyó que no se cumplía el concepto pues la medida no buscaba regular la actividad económica en sí misma, sino proteger los derechos de la madre y el niño.

El razonamiento de la autoridad partió de la premisa que la CEB y la SEL solo pueden evaluar medidas relacionadas al ejercicio del derecho a la libertad de empresa e iniciativa privada de los administrados en el mercado. Posteriormente, se verificó que la exigencia denunciada no pretendía regular la actividad económica en sí misma, sino garantizar el bienestar y el derecho a la igualdad y al trabajo de las madres. En ese sentido, si bien se trataba de una exigencia contenida en una disposición administrativa de carácter general y no se encontraba inmersa en alguno de los supuestos excluidos que reseñamos anteriormente, en la Resolución 008-2020/SEL-INDECOPI, la CEB concluyó que la exigencia denunciada no podía ser evaluada en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas (2020).

Otro ejemplo lo vemos en la Resolución 0026-2020/SEL-INDECOPI, en donde la SEL (2020) resolvió que la exigencia de solicitar el certificado de inspección técnica vehicular anterior a los propietarios de los vehículos



que pasan la inspección técnica vehicular, materializada en el Decreto Supremo 025-2008-MTC, no era una barrera burocrática por tratarse de una obligación que deben cumplir los Centros de Inspección Técnica Vehicular como parte del ejercicio de la función administrativa que se les ha delegado.

Lo anterior nos permite advertir que no toda exigencia, requisito, prohibición y/o limitación impuesta por la administración pública puede calificar como una barrera burocrática, ya que se tiene que analizar la aplicación del concepto legal y jurisprudencial en cada caso concreto, además de verificar si nos encontramos en algunos de los supuestos excluidos por la Ley de Barreras Burocráticas.

Finalmente, celebramos que la reciente modificación de la Ley de Barreras Burocráticas haya incluido al principio de interpretación favorable dentro de su articulado, ya que ello obliga a la CEB y SEL a preferir aquella interpretación de las disposiciones administrativas que les permitan cumplir de mejor forma la finalidad pública del sistema de eliminación de barreras burocráticas. Este principio, desarrollado por primera vez en la Casación No. 25135-2018 (Corte Suprema de Justicia, 2021), busca neutralizar la presión política y mediática que el control Estado-Estado conlleva. De allí que la posición del legislador es el refuerzo del sistema de eliminación de barreras burocráticas frente a cualquier injerencia externa que atente contra su eficiencia.

Y es que, como señalan Óscar Alejos & Alejandra Suárez, la aplicación de este principio es fundamental para que se interpreten adecuadamente las competencias de INDECOPI y se favorezca que las denuncias obtengan un pronunciamiento de fondo y no sean improcedentes por aspectos formales (2022, p. 216).

2.2. Finalidad constitucional del sistema de eliminación de barreras burocráticas

El fundamento constitucional del sistema de eliminación de barreras burocráticas consiste en la protección del derecho a la libertad de empresa y preservar su contenido constitucionalmente protegido frente a las diversas regulaciones ilegales y/o carentes de razonabilidad que expida el Estado.

Para entender lo anterior, debemos primero definir lo que entendemos como derecho a la libertad de empresa. Este se encuentra reconocido en el artículo 59 de nuestra carta magna y establece que su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, salud o seguridad pública. En la Sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional del Perú (2003) ha señalado que dicho derecho contiene la facultad de elegir la organización que se desea crear o constituir, así como la facultad de ejecutar una unidad de producción de bienes y servicios para satisfacer la demanda en el mercado.

Este derecho tiene un triple contenido constitucional, a saber: (i) libertad de constitución, (ii) libertad de organización

y planificación de su actividad y (iii) libertad de salir del mercado. El ejercicio de este derecho, sin embargo, no puede hacerse de forma absoluta y afectando otros derechos constitucionales de igual rango.

En palabras de Robert Alexy, los derechos fundamentales se caracterizan por ser relativos y permitir que su ejercicio sea ordenado, limitado e incluso prohibido en determinadas circunstancias para favorecer otros derechos y/o principios del mismo rango (2008). Es por ello que los agentes económicos no pueden afectar otros derechos fundamentales durante el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa, pues aquellos se encuentran al mismo nivel y exigen el mismo umbral de respeto y garantía.

Para asegurar lo anterior, el Estado, bajo el principio de subsidiariedad, ejerce un rol regulador en el mercado para prevenir que el ejercicio de la libertad de empresa afecte otros derechos. Lo alinea con los valores que inspiran la economía social de mercado, modelo económico que busca conciliar los principios de libertad y justicia. Sobre el particular, Alberto Cairampoma ha señalado lo siguiente:

De todo lo señalado en los puntos anteriores tenemos que en el caso de nuestro país, el Estado ha optado por un modelo de económico social de mercado, el cual instaura como regla general para el funcionamiento del mercado la libre competencia y el reconocimiento de la libre iniciativa y la libertad de empresa. (...)

En este contexto, (...) le corresponde al Estado, denominado ahora regulador, garantizar y supervisar que el mercado funcione bien sin intervenir en él como un agente económico, o en todo caso, intervenir solo en el supuesto que los privados no lo hagan, (...) (2012, p. 323).

De esta manera, la regulación que expide el Estado busca preservar la economía social de mercado y limitar el ejercicio de los derechos económicos de los administrados para proteger otro tipo de derechos fundamentales. Las barreras burocráticas, precisamente, nacen de esta forma para asegurar el respeto y la protección de los demás derechos y/o principios fundamentales, siendo que el principio de subsidiariedad determina que tal intervención se haga cuando el mercado no pueda resolver sus propios problemas de



forma natural. De allí que las barreras burocráticas no tengan una connotación negativa en su definición.

El ejercicio de esta facultad de regulación, sin embargo, no está exenta de límites, pues el Tribunal Constitucional del Perú (2003), en la Sentencia recaída en el expediente 008-2003-AI/TC, ya ha señalado que las restricciones legales del derecho a la libertad de empresa deben ser razonables y proporcionales a sus fines. De allí que el Estado siempre debe asegurarse que la regulación económica expedida respete el principio de legalidad y el principio de razonabilidad.

El principio de legalidad, en estos términos, encuentra su definición en el TUO de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) y estipula que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la constitución, la ley y al derecho. Sobre el particular, Juan Carlos Morón señala que el principio de legalidad tiene una noción mínima y una máxima. La primera implica que las decisiones administrativas deben ser compatibles con el sentido de las reglas legislativas, mientras que la segunda significa que las decisiones administrativas deben seguir el procedimiento estipulado para su producción y tener el contenido pautado por las normas previas (2017, p. 74).

De este modo, el principio de legalidad que ordena la actuación del Estado exige que su actividad reguladora esté sustentada en una norma legal y/o constitucional, que cumpla con los procedimientos de producción normativa y que su contenido guarde sentido con la finalidad misma del ordenamiento jurídico.

Por su parte, el principio de razonabilidad es una garantía que tienen los ciudadanos frente al ejercicio arbitrario y desproporcional de las facultades de regulación y actuación del Estado. En efecto, dichas facultades son de una discrecionalidad intermedia en términos del Tribunal Constitucional del Perú (2004), en la Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-PA/TC, pues se realizan sobre la base de la lógica y la coherencia con los conceptos jurídicos indeterminados que inspiran al ordenamiento jurídico. De allí que resulta necesaria la aplicación del principio de razonabilidad para limitar el ejercicio estas facultades e impedir que se emitan regulaciones arbitrarias o, protegiendo algún fin público, sean desproporcionales.

Según la jurisprudencia constitucional y la doctrina, el principio de razonabilidad se aplica mediante el test de razonabilidad y proporcionalidad, cuyos elementos son los siguientes: (i) el subprincipio de idoneidad se compone de dos pasos, en el que el primero, según la Sentencia recaída en el Expediente 003-2005-PI/TC, se identifica si la medida tiene una finalidad constitucionalmente válida y, en segundo término, se determina si la medida es o no apta para conseguir la realización de la finalidad constitucional prevista (Tribunal Constitucional del Perú, 2006); (ii) el subprincipio de necesidad, el cual se cumple cuando se confirma que

no hay otra medida alternativa para tutelar el derecho constitucional o salvaguardar una finalidad pública constitucional que el medio bajo análisis, según la Sentencia recaída en el Expediente 034-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2005); y (iii) el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*, en donde se busca que el grado de realización del objetivo de intervención sea equivalente o proporcional al grado de afectación de otro derecho fundamental, según la Sentencia recaída en el Expediente 03610-2008-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2008).

Si bien los cánones de legalidad y razonabilidad son importantes para que la regulación de la administración pública sea válida, la práctica nos demuestra que aquellos no siempre se cumplen. Es por ello, que el legislador ha puesto a disposición de los agentes económicos el sistema de eliminación de barreras burocráticas para proteger los derechos económicos de los administrados de aquellas regulaciones que no cumplan con los principios de legalidad y razonabilidad.

De esta manera, el sistema de eliminación de barreras burocráticas encuentra su fundamento constitucional en la protección del derecho a la libertad de empresa, asegurando que la facultad reguladora de la administración pública se ejerza en sintonía con los principios de legalidad y razonabilidad, preservando así el equilibrio entre derechos fundamentales.

2.3. Metodología de análisis de las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad

Habiendo entendido la finalidad constitucional del sistema de eliminación de barreras burocráticas, corresponde revisar el método de análisis de legalidad y razonabilidad contenido en la Ley de Barreras Burocráticas. Cabe resaltar que este análisis no es de corte constitucional, sino únicamente de legalidad, tal y como lo estipula la propia ley y la CEB (2023), en la Resolución 270-2023/CEB-INDECOPI.

La Ley de Barreras Burocráticas divide el análisis en dos partes: una de legalidad y otra de razonabilidad. La primera está destinada



a determinar si la barrera burocrática es ilegal, para lo cual emplea los siguientes criterios establecidos en el artículo 14 de la Ley de Barreras Burocráticas:

- a) Si la autoridad administrativa tiene competencia para establecer o aplicar la barrera burocrática cuestionada.
- b) Si la autoridad administrativa cumplió con el procedimiento de producción normativa al publicar las disposiciones administrativas que materializan la barrera burocrática cuestionada.
- c) Si es que la imposición de la barrera burocrática contraviene normas y/o principios legales.

Nótese que estos criterios buscan verificar que la administración pública haya cumplido con todos los elementos del principio de legalidad al momento de emitir y/o aplicar una barrera burocrática a los agentes económicos. Así pues, el criterio a) busca asegurar que la administración pública tenga la competencia administrativa suficiente para limitar el ejercicio del derecho a la libertad de empresa. El criterio b), por su parte, asegura que el procedimiento de producción normativa se haya cumplido y que las normas o actos que materializan la barrera burocrática bajo análisis no tenga vicios formales. Finalmente, a través del criterio c) se pretende asegurar que la barrera burocrática no contraviene alguna disposición legal del ordenamiento jurídico, ya que, al fin y al cabo, la administración pública solo puede hacer lo que la ley les permite que hagan.

Si la CEB o la SEL verifican que la barrera burocrática es ilegal a partir de los criterios reseñados, la declaran como tal y ordena su inmediata inaplicación sin necesidad de proseguir al análisis de razonabilidad, la segunda parte de la metodología de análisis. Por lo tanto, este último tramo del análisis se realizará si es que la barrera burocrática es declarada legal.

El análisis de razonabilidad contenido en los artículos 15, 16 y 18 de la Ley de Barreras Burocráticas tiene tres cuestiones que son importantes de resaltar. La primera es que la CEB y la SEL solo iniciarán el análisis si es que advierte que el denunciante ha aportado indicios suficientes respecto a la falta de razonabilidad de la barrera burocrática que se está cuestionando. La segunda es que, si se logra pasar este primer filtro, la carga de la prueba se invierte automáticamente y será responsabilidad de la administración pública el demostrar que la barrera burocrática es razonable y proporcional a sus fines.

La tercera cuestión son los criterios que analizarán la CEB y la SEL para determinar si una barrera burocrática es razonable, pues las mismas se dividen en dos:

- a) Análisis de arbitrariedad: En esta primera parte, la autoridad revisará si la barrera burocrática adolece de fundamentos y/o justificación o que, teniéndola, no resulta idónea para alcanzar sus objetivos. Para ello, la administración

pública deberá demostrar la existencia de un interés público detrás de la medida cuestionada, la existencia de un problema que se pretende solucionar y si la medida es idónea para solucionarlo. Nótese que esto se asemeja al subprincipio de idoneidad del test de razonabilidad y proporcionalidad constitucional que reseñamos anteriormente.

- b) Análisis de proporcionalidad: En esta segunda parte, la autoridad revisará si la barrera burocrática es excesivamente onerosa a sus fines y si existen alternativas menos gravosas para lograr los objetivos públicos trazados. Para ello, la administración pública deberá probar que hizo una evaluación de los impactos positivos y negativos de todas las soluciones regulatorias disponibles a efectos de acreditar que la barrera burocrática cuestionada es la menos onerosa de todas y la que genera más beneficios que costos.

Si bien no lo indica expresamente la Ley de Barreras Burocráticas, consideramos que la administración pública también podrá acreditar la razonabilidad de las barreras burocráticas mediante el cumplimiento del Análisis de Impacto Regulatorio *Ex Ante* (AIR). En efecto, el Decreto Supremo 063-2021-PCM – Reglamento de Mejora de Calidad Regulatoria y lineamientos para el AIR *Ex Ante* y el Decreto Legislativo 1565 – Ley General de Mejora de Calidad Regulatoria determinan que el AIR se encuentra compuesto por cuatro etapas: (i) etapa de identificación del problema, (ii) la etapa de determinación de objetivos públicos, (iii) la etapa de identificación de alternativas de solución, y (iv) la etapa del análisis costo-beneficio de las alternativas identificadas. El cumplimiento de estas cuatro etapas permite asegurar la idoneidad y la calidad de las intervenciones regulatorias de la administración pública en la economía y evitar problemas de regulación.

Teniendo en cuenta que los elementos del AIR calzan con los criterios que toman en cuenta la CEB y la SEL para resolver si las barreras burocráticas son razonables, consideramos que la administración pública acreditaría esto último si prueba que cumplió con todas las etapas del AIR.



Finalmente, es importante destacar que, si bien los criterios de razonabilidad establecidos en la Ley de Barreras Burocráticas se inspiran en el test de razonabilidad y proporcionalidad constitucional, no pueden considerarse como un análisis de corte estrictamente constitucional. El test, creado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene como objetivo analizar si una medida limita proporcionalmente un derecho fundamental en favor de otro derecho fundamental o principio de rango constitucional. En esencia, busca equilibrar constitucionalmente derechos fundamentales o principios de igual jerarquía, eliminando medidas que afecten desproporcionadamente dicho equilibrio.

Por otro lado, los criterios de razonabilidad de la Ley de Barreras Burocráticas están definidos por la propia norma legal y, por el principio de legalidad, ni la CEB ni la SEL pueden alterarlos o ignorarlos. En este contexto, aunque se demuestre que una barrera burocrática no es arbitraria, la autoridad administrativa debe, conforme a la ley, analizar si esta resulta proporcional; situación que no ocurre con el test de razonabilidad y proporcionalidad, donde el incumplimiento de un paso ya hace inconstitucional a la medida bajo análisis sin necesidad de seguir al siguiente.

Además, los criterios de razonabilidad de la Ley de Barreras Burocráticas no buscan ponderar derechos constitucionales, sino evaluar si la barrera cumple con las exigencias legales necesarias para considerarse razonable. Esto implica revisar el proceso de producción normativa y los documentos que sustentan su creación.

En resumen, mientras que el test de razonabilidad y proporcionalidad constituye un análisis constitucional de una medida, los criterios de razonabilidad de la Ley de Barreras Burocráticas son herramientas que evalúan la calidad regulatoria de las barreras burocráticas. Aunque relacionados, ambos tienen objetivos distintos: uno protege el equilibrio constitucional entre derechos fundamentales, y el otro asegura que las medidas administrativas se ajusten a los requisitos legales y regulatorios establecidos.

En virtud de lo anterior, es claro que, el análisis de las barreras burocráticas se fundamenta en criterios de legalidad y razonabilidad establecidos por la Ley de Barreras Burocráticas, los cuáles conversan con la finalidad constitucional de la referida ley y el sistema de eliminación de barreras burocráticas. Sin embargo, ello no hace que el análisis efectuado sea uno de corte constitucional, pues este último requiere la confrontación de la barrera burocrática con la Constitución Política del Perú y ello no forma parte de los criterios contenidos en la Ley de Barreras Burocráticas.

2.4. Los efectos de las decisiones de INDECOPI en materia de eliminación de barreras burocráticas

Los efectos de las decisiones de la CEB y SEL pueden ser analizados desde dos perspectivas: (i) ámbito objetivo,

referido a la suerte que sigue la barrera burocrática una vez que se haya determinado su ilegalidad y/o falta de razonabilidad; y (ii) ámbito subjetivo, referido a quienes beneficia el pronunciamiento administrativo.

En el ámbito objetivo, los artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Barreras Burocráticas son claros en señalar que la barrera burocrática se inaplicará por ser ilegal y/o carente de razonabilidad, lo que significa que la administración pública no podrá exigir el cumplimiento de la misma. Esta inaplicación no significa una derogación y/o declaración de nulidad de la disposición administrativa o acto administrativo en donde se haya materializado la barrera burocrática, pues estos últimos no son objeto del procedimiento administrativo en cuestión.

En efecto, tal y como hemos desarrollado, el sistema de eliminación de barreras burocráticas evita que la administración pública, mediante la imposición de exigencias, prohibiciones, limitaciones y/o cobros, afecte los derechos económicos de los administrados y, por ende, su permanencia o entrada al mercado. Las formas de materialización de las barreras burocráticas, de este modo, no son parte de su concepto legal ni jurisprudencial, sino que son un concepto aparte.

El artículo 3 numeral 4) de la Ley de Barreras Burocráticas indica que las barreras burocráticas se materializan a través de actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales. Posteriormente, el artículo 20 de la Ley de Barreras Burocráticas dispone que las denuncias deben identificar correctamente las barreras burocráticas que se cuestionan y los medios de materialización correspondientes. Lo anterior significa que barreras burocráticas y formas de materialización son conceptos relacionados, pero distintos. Mientras que la primera define al objeto del sistema de eliminación de barreras burocráticas y determina el alcance del ámbito objetivo de las decisiones de la CEB y la SEL, el segundo vendría a ser un requisito de procedencia de la denuncia que determina el modo en que se analizará la denuncia; es decir, a modo general, si se trata de un reglamento; o modo concreto, si se trata de un acto administrativo o actuación



material, según INDECOPI (2020) en la Resolución 008-2020/CEB-INDECOPI.

Lo anterior cobra más fuerza por el hecho que el artículo 11 de la Ley de Barreras Burocráticas estipula que, en los procedimientos iniciados de oficio, INDECOPI puede interponer la demanda de acción popular contra las disposiciones administrativas de carácter general que contengan las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad; ratificando que el sistema de eliminación de barreras burocráticas no deroga reglamentos ni declara la nulidad de los actos administrativos en donde se materializan las barreras burocráticas.

En relación al ámbito subjetivo de las resoluciones de la CEB y la SEL, tenemos que las mismas pueden ser de efecto concreto o general. El primero de ellos ocurre cuando la resolución de INDECOPI beneficia únicamente al denunciante, quien se ve liberado de la carga de cumplir la barrera burocrática declarada como ilegal y/o carente de razonabilidad. Este efecto no merece mayor comentario, pues es una consecuencia lógica de la naturaleza jurídica de las resoluciones de INDECOPI como actos administrativos, entendidos como actos que reflejan la voluntad de la administración pública frente a situaciones concretas y, en consecuencia, destinatarios concretos debidamente individualizados (Mateo, 2009, p. 228).

Los efectos generales de las resoluciones de INDECOPI, por su parte, ocurrirán cuando la resolución beneficia a todos los agentes económicos y administrados afectados, de forma real o potencial, por la barrera burocrática contenida en un reglamento. Esto nace por imperio de la Ley de Barreras Burocráticas en 2017, ya que el legislador advirtió que muchas entidades administrativas, amparadas en los efectos concretos de las decisiones de INDECOPI, seguían aplicando a los administrados aquellas barreras burocráticas que ya se habían declarado ilegales⁽²⁾. De allí que, para beneficiar a los administrados y ahorrar costos públicos en procedimientos cuyo resultado ya se conocía, se optó por incluir la posibilidad que las decisiones de la CEB y la SEL tengan efectos generales.

Una cuestión a resaltar es que otorgarles efectos generales a las decisiones de INDECOPI no merman en nada su naturaleza de acto administrativo. De hecho, según Martín Mateo (2009, p. 230) y Juan Carlos Morón (2003, p. 150), el acto administrativo con efectos generales se caracteriza porque interesa a una pluralidad de destinatarios identificados o identificables, diferenciándolo de los reglamentos que interesan a los sujetos por contener preceptos normativos. Para que se entienda mejor, diremos que los reglamentos y normas generales contienen prescripciones con destinatario universal cuyo destinatario es una clase de personas sin

características concretas, mientras que los actos administrativos con efectos generales contienen prescripciones con destinatario individual, en donde los destinatarios son individuos concretos o con características concretas (Bobbio, 2007, p. 132).

Estando claro en lo anterior, procederemos a explicar cuándo las decisiones de INDECOPI tendrán efectos generales. Según el artículo 8 de la Ley de Barreras Burocráticas, la resolución que declara ilegal a una barrera burocrática materializada en una disposición administrativa con efectos generales tendrá efectos generales a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución en el diario oficial El Peruano. Por su parte, el artículo 9 de la Ley de Barreras Burocráticas, modificado por la Ley 31755 en mayo del 2023, dispone que las resoluciones que declaren que una barrera burocrática carece de razonabilidad tendrán efectos generales, siempre y cuando el procedimiento haya sido iniciado de oficio y la medida se materialice en una disposición administrativa de efectos generales. De este modo, a la fecha, existen dos supuestos en donde las resoluciones de INDECOPI tienen efectos generales: (i) cuando se declara ilegal una barrera burocrática materializada en una disposición administrativa de carácter general y (ii) cuando, como resultado de un procedimiento iniciado de oficio, se declara carente de razonabilidad una barrera burocrática materializada en una disposición administrativa de carácter general.

Finalmente, debemos resaltar que los efectos generales de las resoluciones de INDECOPI no significan que la disposición administrativa en la que se materializa la barrera burocrática sea derogada, pues ya hemos dicho que el efecto objetivo se limita a la inaplicación de la barrera burocrática y no a expulsar sus medios de materialización del ordenamiento jurídico. De allí que las decisiones de INDECOPI recién tendrán efecto a partir de su notificación y/o publicación, no pudiéndose aplicar retroactivamente.

(2) Al respecto, véase la exposición de motivos de la Ley de Barreras Burocráticas



3. El sistema constitucional de control de la actuación administrativa

Habiendo entendido a cabalidad cómo funciona el sistema de eliminación de barreras burocráticas, corresponde ahora adentrarnos en el sistema constitucional de control de la actuación administrativa.

Para ello, debemos partir de la premisa que la administración pública, habitualmente representada por el Poder Ejecutivo, materializa su función administrativa a través de los reglamentos, directivas administrativas, actos administrativos y otros instrumentos similares. Si alguno de estos instrumentos públicos llegara a afectar alguna disposición constitucional, los ciudadanos cuentan con dos mecanismos de control constitucional: (i) la acción popular, en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú, y (ii) el control difuso aplicado en los procesos contencioso-administrativos, en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú. A continuación, examinaremos cada uno de ellos para comprenderlos a cabalidad.

3.1. Acción popular

La acción popular es una garantía constitucional que asegura la supremacía y la jerarquía de la Constitución Política del Perú y la ley sobre los reglamentos, directivas y, en general, cualquier disposición administrativa de rango inferior a la ley emanada de la administración pública. Su principal efecto es la derogación de las disposiciones administrativas que sean contrarias a la constitución y es por ello que muchas entidades públicas argumentan que este es el mecanismo constitucional idóneo para eliminar las barreras burocráticas.

De este modo, es necesario conocer cuál es la finalidad constitucional de esta acción, quienes la pueden interponer y cuáles son los efectos de sus sentencias a fin de demostrar su clara diferencia con el régimen de eliminación de barreras burocráticas.

3.1.1. Definición

La acción popular es la garantía constitucional a través de la cual los administrados pueden solicitar el control concentrado de las disposiciones administrativas de carácter general que afectan la constitución y la ley. De este modo, el artículo 200 de la Constitución Política del Perú señala que esta garantía constitucional procede contra aquellos reglamentos y normas administrativas de carácter general que vayan en contra de la Constitución Política del Perú. Los artículos 74 y 75 del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC) desarrollan más el precepto constitucional y señalan que la demanda de acción popular procede contra normas administrativas de carácter general que infrinjan la Constitución Política del Perú o la ley; o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por el ordenamiento jurídico.

La acción popular, por lo tanto, es un mecanismo de control constitucional concentrado de las normas administrativas de

carácter general que expida la administración pública. De su definición debemos resaltar el objeto de análisis y el tipo de control que se hace de él.

En relación al primero, tenemos que la acción popular se interpone únicamente contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general expedidas por la administración pública. Conforme lo indican Alberto Cruces (2015, pp. 109-111) y Juan Carlos Morón (2013, pp. 70-136), los reglamentos y normas administrativas de carácter general son expresión de la potestad reglamentaria de la administración pública, mientras que las resoluciones de carácter general lo son de la función administrativa. Por lo tanto, no es relevante el nombre que recibe el texto de la norma que es sometida a la acción popular, sino su naturaleza jurídica y si la misma corresponde a alguna de las categorías señaladas en el artículo 75 del NCPC.

En tanto el objeto de control es la materialización de las diversas funciones que puede ejercer la administración pública, las normas que son cuestionadas vía acción popular pueden ser emanadas por cualquier autoridad que goza de función administrativa. Esto significa que no solo las normas expedidas por el Poder Ejecutivo pueden ser objeto de control, sino que además lo pueden ser aquellas disposiciones generales que publiquen el Congreso de la República como Poder Legislativo, el Poder Judicial y, en general, cualquier órgano o poder estatal que ejercite función administrativa. Para tener una idea de cuántas entidades podrían calificar como administración pública, nos remitimos al artículo I del Título Preliminar de la LPAG.

Ahora bien, el hecho que en la acción popular solo se analicen las normas de carácter general excluye del objeto del análisis a los actos administrativos, pues aquellos tienen efectos concretos en las esferas jurídicas de los administrados. Sin embargo, Alberto Cruces (2015) indica que no hay poca jurisprudencia donde se han resuelto demandas de acción popular contra actos administrativos con efectos generales, ya que la distinción entre acto administrativo y reglamento se torna difusa en dichos supuestos.



Respecto a los parámetros de control empleados en la acción popular, debemos resaltar que el reglamento o disposición administrativa normativa es contrastado con el bloque de constitucionalidad a fin de validar su armonía y respeto. Este control constitucional se hace en base a los principios de interpretación constitucional que han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional, siendo que algunos de ellos son el (i) principio de unidad, en donde se entiende que nuestra carta magna es un todo armónico y, como tal, debe interpretarse como un sistema que tiene lógica y coherencia en sí misma, según la Sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2005); (ii) el principio de concordancia práctica, el cual dispone que todas las normas constitucionales deben aplicarse en la práctica sin suprimir ni sacrificar una en favor de otra, así como lo menciona la Sentencia recaída en el Expediente 1013-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2003); y (iii) el principio de eficacia integradora, la cual promueve la preferencia de interpretaciones que favorezcan la integración social y ordenar las relaciones de los poderes públicos, así como se afirma en la Sentencia recaída en el Expediente 008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2003), entre otros.

César Landa (2018, p. 189) señala que el control constitucional empleado en la acción popular incluye, además, al control de convencionalidad. Este último consiste en contrastar las normas con lo estipulado en el Pacto de San José sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, a fin de verificar si la primera va acorde con la segunda.

Sobre los alcances del control de convencionalidad, Olger González Espinoza señala que es un control dinámico respecto del cual se analiza si los actos y omisiones de los Estados transgreden las obligaciones nacionales o internacionales de respetar y garantizar los derechos humanos (2012, pp. 227-228).

De esta manera, si bien es una herramienta empleada normalmente por la Corte IDH, el control de convencionalidad también es utilizado por los órganos pertenecientes al Perú encargados del control constitucional de normas, tales como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, a fin de salvaguardar el cumplimiento del Pacto de San José.

Esto último justifica que esta garantía constitucional deba ser resuelto por autoridades jurisdiccionales, los cuáles, según el artículo 84 y 92 del NCPD, son la Sala Constitucional de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor y a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema para que resuelvan las acciones en primera y segunda instancia judicial, respectivamente. Si bien esta es la regla general, existe una excepción y se encuentra en la Ley 29497 – Nueva Ley Procesal de Trabajo (NLPT).

En efecto, el artículo 3 de la NLPT dispone que las Salas Laborales son competentes para resolver, en primera instancia judicial, los procesos constitucionales de acción popular que versen sobre materias laborales. Esta disposición se debe interpretar en sentido sustancial, por lo que, sin importar si la disposición administrativa normativa haya sido emitida por una autoridad administrativa laboral, como en el caso de MTPE o SERVIR, basta que se discuta alguna disposición administrativa normativa que verse sobre temas laborales para que la Sala Laboral sea competente para su resolución.

En virtud de lo anterior, podemos concluir que la acción popular es una garantía constitucional que permite el control constitucional y de convencionalidad de la actuación administrativa materializada en normas de carácter general. Este control sólo es realizado por los órganos jurisdiccionales autorizados por el NCPD, siendo que en ningún caso es posible que lo realice la administración pública.

3.1.2. Naturaleza jurídica

La acción popular, como toda garantía constitucional, se fundamenta en la necesidad de ejercer un control de constitucionalidad de las disposiciones administrativas de carácter general. A diferencia de un proceso contencioso administrativo, en donde se deben cumplir una serie de requisitos procedimentales y únicamente nos enfocamos en actos administrativos o actuaciones administrativas concretas, la acción popular permite realizar un análisis general y abstracto de las disposiciones normativas expedidas por la administración pública a efectos de contrastarlas con lo dispuesto en nuestra carta magna y la ley.

Esto último es resaltado por César Landa, quien señala que los procesos constitucionales, como la acción popular, se diferencian de los ordinarios debido a que estos últimos buscan tutelar intereses o derechos subjetivos concretos, mientras que los primeros buscan preservar la jerarquía de la Constitución y sus disposiciones por sobre cualquier actuación estatal (2018, p. 59). Es por ello que Juan Carlos Morón señala que la naturaleza jurídica de la acción popular



puede sintetizarse en tres características: (i) como proceso constitucional de control normativo, (ii) como un instrumento preventivo de las controversias derivadas de los reglamentos ilegales e inconstitucionales y (iii) como una herramienta de carácter público y participativo (2014, p. 364).

Como ya lo hemos explicado, la acción popular es uno de control normativo abstracto, razón por la cual solo pueden ser objeto de análisis aquellas disposiciones administrativas que sean de carácter general y no la actuación administrativa concreta, como lo son los actos administrativos. Esta distinción, sin embargo, no significa que lo resuelto por los jueces en las demandas de acción popular no tengan efecto directo en los actos administrativos. Si la norma general sobre la cual se fundamenta un acto administrativo es inconstitucional, entonces aquél también lo es y, en consecuencia, devendría en nulo conforme el artículo 10 de la LPAG.

Para entender lo anterior, pondremos un ejemplo. Mediante la sentencia del 8 de marzo del 2023, del expediente 00756-2022-0-1801-SP-DC-03, expedida en el proceso de acción popular seguido por SEDAPAL y otros contra la nueva normativa de tercerización que promulgó el MTPE, la Tercera Sala Constitucional Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió que la nueva normativa afectaba el derecho fundamental a la libertad de empresa y los principios constitucionales de taxatividad y seguridad jurídica, declarándola nula por ello. Si es que dicha sentencia hubiese quedado firme y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral hubiese impuesto sanciones a las compañías por incumplir la disposición inconstitucional, aquellas hubieran tenido que ser declaradas nulas por haber materializado una norma inconstitucional. Si el árbol está podrido, también lo están sus ramas.

Lo anterior nos permite entender de mejor forma como es que la acción popular actúa como un instrumento de prevención de conflictos concretos por la aplicación de las normas inconstitucionales e ilegales. Como señala Eduardo García de Enterría, la interposición de una acción popular evita el litigio concreto de aquellos actos que materializan la normativa general y, con ello, se unifica el criterio legal y constitucional que se debe emplear para su análisis (2022, pp. 227-230). Se busca evitar que la norma inconstitucional y/o ilegal afecte derechos concretos y genere daños de difícil reparación en la esfera jurídica de los ciudadanos. De allí que, conforme lo señala el artículo 83 del NCP, la interposición de la acción popular prácticamente no tenga requisitos especiales de procedencia ni requiera que el accionante demuestre una afectación concreta para requerir la tutela constitucional del ordenamiento jurídico. Esto nos hace desembocar en su tercera naturaleza jurídica, la de ser una herramienta pública y participativa.

Como lo indican Juan Carlos Morón (2014, pp. 365-366) y César Landa (2018, p. 188), el respeto de la Constitución

Política del Perú es de interés público y, como tal, le concierne a todos los peruanos y/o agentes económicos del mercado. De allí que cualquiera pueda interponer la acción popular, inclusive aquellos que no son afectados directa o indirectamente por las disposiciones administrativas normativas. Esto permite que la mencionada acción realmente sea pública e incentive la participación de los ciudadanos en el control constitucional de las disposiciones promulgadas por la administración pública.

En resumen, la acción popular se erige como un pilar esencial en el sistema legal para salvaguardar la primacía de la Constitución y la legalidad de las disposiciones administrativas generales. Su naturaleza, como herramienta de control constitucional abstracto y preventivo, contribuye a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y a mantener la coherencia del ordenamiento jurídico. Además, al ser un proceso público y participativo, fomenta el acatamiento de las normas constitucionales y legales. En última instancia, la acción popular no solo busca enmendar normas contrarias a la Constitución Política del Perú, sino también evitar su aplicación concreta y los posibles perjuicios que ello conllevaría.

3.1.3. Efectos de las sentencias expedidas

Las sentencias que declaran fundada una demanda de acción popular tiene por objeto expulsar a la norma infralegal del ordenamiento jurídico y tienen efecto retroactivo, según el artículo 80 del NCP. Además, deben ser publicadas en el mismo diario en el que se publicó el auto admisorio. De este modo, podemos analizar los efectos de las sentencias desde el punto de vista objetivo, en el mandato judicial; y subjetivo, respecto a quienes se encuentran obligados a cumplir la sentencia.

Desde la perspectiva objetiva, las sentencias expedidas en un proceso de acción popular causan la derogación de la norma inconstitucional con efectos retroactivos desde la fecha de su emisión. Siguiendo lo indicado por José Naupari (2015, pp. 151-152), los efectos retroactivos de las sentencias se fundamentan en el hecho que la invalidez de las normas se ha dado desde su nacimiento, por lo que siempre fueron inconstitucionales y/o ilegales. La sentencia, por lo tanto, solo



declara esta situación y es lógico que sus efectos se retrotraigan hasta su fecha de publicación.

Desde la perspectiva subjetiva, las sentencias deben ser cumplidas por la entidad demandada y, en general, todos los poderes públicos del Estado conforme el artículo 81 del NCP. Esto se debe, según César Landa (2018, pp. 192-193), a que la sentencia ordena la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por inconstitucional, haciendo que estos efectos no solo sean observados por la entidad demandada sino también por toda la colectividad en su conjunto. Al fin y al cabo, si no se requiere una calificación especial para interponer la acción popular por tratarse de una herramienta participativa y de interés público, los efectos subjetivos de sus sentencias también alcanzan a toda la colectividad en su conjunto por estar sujeta a la Constitución Política del Perú.

Por otro lado, es importante destacar que, si la demanda de acción popular es resuelta fundada por la primera instancia judicial y el demandado no presenta su recurso de apelación, la Sala Superior eleva el expediente en consulta a la Corte Suprema de Justicia para que aquella lo resuelva en un plazo de cinco días hábiles desde la recepción del expediente, así como lo establece el artículo 94 del NCP.

Como señala Sergio Tamayo Yáñez (2015, p. 247), la consulta se realiza para evaluar los fundamentos de la sentencia expedida y comprobar que los mismos se encuentran acordes con el interés general de protección de las normas y la armonía del ordenamiento jurídico. De allí que el procedimiento de consulta sea expeditivo y no contemple etapas procesales específicas. Lamentablemente, la práctica judicial nos demuestra que el procedimiento de consulta puede demorar años, lo cual significa un problema para el demandante pues los efectos de la sentencia se encuentran suspendidos hasta que la Corte Suprema de Justicia ratifique su validez.

En conclusión, los efectos de las sentencias en los procesos de acción popular derogan retroactivamente la disposición administrativa de carácter general que vulneró la Constitución Política del Perú. De allí que estemos frente a un verdadero control concentrado de normas. Por otro lado, la sentencia debe ser cumplida por la entidad demandada y por todos los poderes públicos del Estado, debido a su carácter vinculante para toda la colectividad. No hay excepciones a esta regla, pues los efectos generales de la sentencia guardan sentido con el objeto de análisis.

3.2. Control difuso

El control difuso o *Judicial Review* es una forma de control constitucional de las normas y se encuentra establecido en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú. La doctrina constitucional la diferencia del control concentrado ejercido por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional debido a que el control difuso, en tanto su objetivo es la inaplicación de la norma jurídica inconstitucional al caso en concreto, pero sin

eliminarla del ordenamiento jurídico.

Como lo señala Marcial Rubio, el principio de constitucionalidad supone que las normas contenidas en la Constitución Política del Perú tienen primacía sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, siendo que estas últimas se inaplicarán si es que van en contra de aquella. En este contexto, el control difuso es una herramienta que le permite al Estado peruano garantizar el respeto a las normas constitucionales (2004, p. 136).

3.2.1. Breve reseña histórica

El control difuso se acuñó en Estados Unidos y tuvo su caso emblemático en 1803, con el caso *Marbury vs. Madison*, en donde la Corte Suprema Federal señaló expresamente que una norma que contraviene la constitución debe ser considerada como nula e ineficaz para el caso en concreto. Si bien la institución del control difuso ya se venía aplicando desde 1610, este caso es el emblemático y el que incentivó su aplicación fuera de las fronteras norteamericanas (López, 2017).

Y es que, en dicha sentencia, se le reconoció expresamente a los jueces la facultad de interpretar las leyes e inaplicarlas si es que la misma no era conforme a la constitución nacional, sin importar el rango ni la especialidad de aquellos. Lo anterior es bien explicado por Clemente Valdés:

La importancia del juicio *Marbury vs Madison* consiste en que en la resolución del mismo, los jueces (...) establecieron, primero, que ellos y los demás jueces federales tenían el poder de interpretar las leyes; segundo, que ellos y los otros jueces federales tenían, además, el poder de nulificar esas leyes hechas por los legisladores elegidos por la población cuando, en la opinión de tales jueces, las mismas fueran contrarias a lo que dice la Constitución; y tercero, que al tener ellos la función de interpretar las leyes y de anularlas cuando fueran contrarias a lo que dice la Constitución, necesariamente tenían y les correspondía a ellos determinar qué es lo que dice la Constitución (2005, p. 357).

De esta manera, desde sus inicios, el control difuso siempre se pensó y estableció como una herramienta exclusiva de los jueces, o de cualquier órgano que ejerza funciones jurisdiccionales, para interpretar y controlar la constitucionalidad de las leyes.



En el Perú, el control difuso norteamericano recién tuvo su reconocimiento expreso en la Constitución Política de 1979 pero, para Luciano López, su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico data desde nuestro inicio como república, identificando hasta tres etapas en su desarrollo (2017, pp. 77-79):

- a) Primera etapa (desde 1821 hasta 1920): Según el autor, el control difuso se concibió como un control político durante esta etapa. Su uso fue prácticamente hipotético, ya que las constituciones de esa época no establecían quien era el órgano competente para ejercer tal control.
- b) Segunda etapa (1920 a 1979): En esta etapa, el control difuso tuvo su primer reconocimiento legal en el Código Civil de 1936 e, indirectamente, en la Constitución Política del Perú de 1933. Su aplicación fue desarrollada por el Decreto Ley 14605 – Ley Orgánica del Poder Judicial.
- c) Tercera etapa (1979 a la actualidad): El desarrollo del control difuso en el Perú tuvo su reconocimiento expreso constitucional en 1979, en el cual se estableció un sistema de control constitucional dual. Por un lado, en caso de conflictos entre una norma infralegal y la constitucional, los jueces debían preferir la última, control difuso; y, por otro lado, se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales quien, entre sus facultades, se encontraba la competencia de resolver las acciones de inconstitucionalidad planteadas con normas legales, control concentrado.

Este modelo persiste en la Constitución Política de 1993. En suma, verificamos que el desarrollo histórico nacional del control difuso siempre ha respetado el precedente norteamericano, esto es, que el uso del referido control se reserva exclusivamente a los órganos que ejercen función jurisdiccional, no habiéndose dispuesto en ningún momento la posibilidad que otro operador jurídico pueda utilizarlo en el ejercicio de sus funciones.

3.2.2. Metodología de aplicación

Desde sus inicios, el control difuso sólo se ha aplicado en última *ratio*, es decir, en caso no hubiese otra forma de solucionar la controversia constitucional entre una norma y la Constitución Política del Perú. Sobre el particular, Aníbal Quiroga señala que, la validez constitucional de las normas es la última cuestión que se analizará para resolver un caso específico. Por lo tanto, sólo se recurrirá al control difuso después de haber agotado todos los medios jurídicos válidos para solucionar una controversia (1996, p. 217).

Lo expresado por Quiroga nos permite comprender que la aplicación del control difuso puede generar efectos adversos a los derechos de los ciudadanos si es que se emplea de forma equivocada o sin un mínimo de predictibilidad. En efecto, el control difuso hace que el juez, sin importar su rango, pueda inaplicar normas legales a un caso en concreto e ignorar sus términos en aras de proteger la Constitución Política del Perú. De este modo, un uso arbitrario de esta herramienta de control

constitucional podría generar situaciones donde los jueces creen y/o eliminen derechos y obligaciones de los particulares sin la debida predictibilidad y afectando la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico.

Lo anterior es acogido por nuestra doctrina y práctica jurisprudencial, siendo que nuestra Corte Suprema ha establecido un test que deben seguir los jueces a fin de aplicar correctamente el control difuso:

- a) Paso 1: Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, siendo que aquél que cuestione la validez constitucional de las normas debe probarlo. Así lo establece la Corte Suprema de Justicia (2016), en la Casación No. 1618-2016-LIMA.
- b) Paso 2: Realizar el juicio de relevancia respecto a la norma legal. El juez deberá verificar si la norma constitucionalmente cuestionada resulta de aplicación al caso en concreto.
- c) Paso 3: Realizar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición, como texto escrito del articulado, y norma, como regla jurídica interpretada del texto. Esto se deriva del hecho que el control difuso sólo se aplica como última *ratio*, así como se sostiene en la Casación No. 1618-2016-LIMA (Corte Suprema de Justicia, 2016).
- d) Paso 4: Finalmente, se debe identificar los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención para aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia.

Al calificarse a esta metodología como doctrina jurisprudencial vinculante por la Corte Suprema de Justicia, vemos que se refuerza aún más la idea que el control difuso sólo se aplica como último recurso y luego de haber intentado, a través de múltiples métodos interpretativos, la integración constitucional de la norma cuestionada.

3.2.3. Autoridad competente para aplicar el control difuso

El mayor debate que existe en torno al control difuso es respecto a quien tiene la autoridad para aplicarlo. Si bien la reseña histórica nos



demuestra que el control difuso siempre estuvo reservado para los órganos jurisdiccionales, se discute si aquél también puede ser utilizado por la administración pública.

En efecto, el control difuso nació y fue aplicado en procesos judiciales, por lo que muchos doctrinarios han entendido que dicha forma de control constitucional únicamente puede ser aplicada por los jueces y aquellos órganos que ejercen función jurisdiccional, como los árbitros y el fuero militar. Así, para Juan Carlos Morón, las autoridades encargadas de ejercer función jurisdiccional son los únicos que pueden realizar el control difuso de las normas, en la medida que este último es inherente a dicha función. De allí que la administración pública no estaría facultada expresamente para ejercer control difuso por la Constitución Política del Perú (2007, p. 67).

Si bien no se niega que la administración pública se encuentra obligada a cumplir las normas contenidas en la constitución, no se puede derivar de dicho deber la facultad de realizar control difuso. En ese sentido, para el mencionado autor, no es posible hablar de control difuso administrativo, ya que la falta de controles posteriores incrementa la capacidad de la administración pública de desacatar la ley.

La misma posición es asumida por Luciano López, quien señala que el control difuso sólo puede ser ejercitado por los órganos jurisdiccionales en tanto se encuentran facultados constitucionalmente para ello. Desde su posición, el mencionado control supone la interpretación constitucional de la norma bajo análisis a fin de verificar su compatibilidad o incompatibilidad con nuestra Carta Magna. Si se identifica una incompatibilidad constitucional, solo los órganos jurisdiccionales podrían ejercer sus competencias constitucionales para inaplicarla de forma concreta o eliminarla del ordenamiento jurídico, ya que así lo ha dispuesto la Constitución Política del Perú y la Constitución de 1979 (2017, p. 87).

Sin embargo, y contrario a lo anteriormente descrito, otro sector de la doctrina considera que el control difuso es un deber derivado de la supremacía de la Constitución Política del Perú, por lo que la administración pública no sólo estaría facultada para aplicarlo, sino que estaría obligada a hacerlo.

Así, para Manuel de Lama Laura, el control difuso sería una herramienta a disposición de la administración pública para salvaguardar el cumplimiento del principio de corrección, el cual forma parte de la noción de buen gobierno y cuyos alcances generan que el principio de legalidad sea visto desde una perspectiva constitucional, prefiriendo siempre la aplicación de las normas constitucionales sobre las normas infralegales que las contradigan (s.f.).

Por su parte, Rafael Bielsa considera que la administración pública ejerce un tipo de jurisdicción, denominada jurisdicción administrativa, por lo que la aplicación del control difuso en sede administrativa no es incompatible con aquella:

En efecto, los tribunales judiciales han perdido totalmente, por virtud del principio de separación de los poderes, la función pretoriana que hizo flexible y amplio al derecho romano en su periodo constructivo. Y si el principio de separación de los poderes es alabable y lo defendemos, por su certeza principal, decimos con respecto al derecho administrativo, que es aún un derecho en formación, que esa función jurisdiccional pretoriana debe realizarse, pero dentro del Poder administrador; en suma, mediante la justicia en la Administración pública (1966, p. 116).

De esta manera, las entidades administrativas estarían facultadas a realizar el control difuso en el ejercicio de sus funciones “jurisdiccionales”, priorizando la norma constitucional sobre aquellas normas legales que la contradigan a fin de no vulnerar los derechos fundamentales de los administrados.

Sea como fuese, es claro que no hay una posición pacífica respecto a este tema. Tan es así que, inclusive, nuestro Tribunal Constitucional ha tomado partido por ambas posiciones doctrinarias a lo largo de los años, siendo que en un primer momento optó por permitir que la administración pública pueda ejercer control difuso para, posteriormente, cambiar dicha posición y establecer que este control es de uso exclusivo de los órganos jurisdiccionales.

La primera posición fue materializada en el famoso precedente Salazar Yarlenque, sentencia recaída en el expediente 03741-2004-AA, en donde el máximo intérprete de la constitución (2005) resolvió que era posible que la administración pública pueda aplicar control difuso, pero sujeto al cumplimiento de determinados requisitos. La línea argumental seguida en la sentencia fue la siguiente:

- El artículo 138 de la Constitución Política del Perú consolida la primacía de la constitución respecto a otras normas de menor rango, por lo que no puede ser interpretado restrictivamente, sino que sus efectos jurídicos deben alcanzar a todo tipo de operador jurídico, incluyendo a la administración pública. De allí que, inclusive, aquella tenga el deber de aplicar control difuso.
- Considerando que los derechos fundamentales tienen eficacia vertical, la



administración pública no puede desconocerlos ni mucho menos emitir actos que los contradigan. De esta manera, el Tribunal Constitucional del Perú (2005), en la Sentencia recaída en el expediente 03741-2004-AA, señala que la violación de estos derechos tiene una dimensión subjetiva, pero también una objetiva que se traduce en la afectación de valores que la Constitución Política del Perú incorpora.

- El principio de legalidad, en este contexto, no es un argumento suficiente para argüir que la administración pública no puede aplicar el control difuso, ya que dicho principio, inclusive, establece expresamente que las entidades administrativas no deben afectar las garantías constitucionales establecidas en nuestra carta magna.

De este modo, el Tribunal Constitucional consideró constitucional que la administración pública pueda aplicar el control difuso, siempre y cuando se cumplieran tres requisitos: (i) que se trate de un tribunal administrativo que imparta justicia administrativa de carácter nacional, (ii) que el ejercicio del control difuso se ejercite a pedido de parte y, excepcionalmente, de oficio y (iii) que tenga la finalidad de proteger los derechos fundamentales del administrado.

El precedente Salazar Yarlenque generó críticas significativas, ya que, como mencionamos previamente, se entendía que la administración pública no estaba constitucionalmente autorizada para llevar a cabo un control constitucional de esa naturaleza. Por consiguiente, permitirlo afectaba aparentemente el equilibrio adecuado de poderes.

Dichas críticas fueron mayores debido a que los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional restringieron el ejercicio de dicho control a una cierta cantidad de entidades administrativas que imparten “justicia administrativa” a nivel nacional, lo cual fue percibido como una contradicción. ¿Si es constitucional que la administración pública pudiese realizar control difuso, porque se restringe su aplicación a determinados tipos de entidades públicas? Estas críticas son bien resumidas por Mosi Meza:

En efecto, luego de tal aclaración se presentan más interrogantes a la cuestión, pues si la Constitución vincula a todo poder público, no debiera hacerse distinciones entre órganos a fin de aplicar dicho control. El alcance nacional es un parámetro que establece el supremo colegiado sin mayores fundamentos y olvidando que existen también instituciones con alcance local y regional que bien podría impartir “justicia administrativa” en el ámbito de su competencia (2014, p. 61).

Con sus beneficios y defectos, el precedente Salazar Yarlenque estuvo vigente por siete años en nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación fue disímil. Luego de un estudio empírico de las resoluciones emitidas por tribunales de alcance nacional, el Tribunal Fiscal y el Tribunal de Contrataciones con el Estado, Mosi Meza concluyó que el control difuso administrativo permitió proteger derechos fundamentales importantes, pero también fue

utilizado de forma indiscriminada en algunos casos y sin cumplir las condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional para su aplicación. Asimismo, la mencionada autora también concluyó que, en la mayoría de las resoluciones revisadas, no había un control difuso de las normas, sino un control de legalidad de las mismas (2014, p. 79 y siguientes).

Pese a los beneficios prácticos que significó el precedente Salazar Yarlenque para la tutela de los derechos de los ciudadanos en sede administrativa, aquél fue revocado en 2014 por la Sentencia recaída en el Expediente 04293-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2014), lo cual significó un cambio drástico en la posición del Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad del control difuso administrativo. En efecto, el máximo intérprete de la constitución cambió su criterio y concluyó que la administración pública no podía realizar control difuso en base a la siguiente línea argumentativa:

- A decir del Tribunal Constitucional, el precedente Salazar Yarlenque fue emitido sin cumplirse las formalidades correspondientes, en tanto no consideró que no habían interpretaciones contradictorias en sede judicial o administrativa respecto a la aplicación del control difuso. Asimismo, no existía un vacío legislativo sobre el cual debiera establecerse alguna posición, ya que, a criterio del Tribunal Constitucional, las normas administrativas no contenían ninguna referencia al control difuso por cuanto el mismo ya se mencionaba en la Constitución Política del Perú y ello era meridianamente claro.
- La Constitución Política del Perú establece expresamente que el control difuso es una atribución del Poder Judicial y, por ende, no se puede ampliar su alcance a la administración pública. Según la Sentencia recaída en el Expediente 04293-2012-PA/TC, dado que está considerada en el capítulo pertinente al Poder Judicial, los alcances del control difuso son extensivos a los que ejercen jurisdicción, excluyéndose así a los tribunales administrativos (Tribunal Constitucional del Perú, 2014).



- A diferencia de las entidades administrativas, el ejercicio del control difuso es supervisado por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, por lo que éste sistema garantiza un adecuado control de las decisiones realizadas por los jueces en este extremo.
- Por último, el habilitar a la administración pública a realizar control difuso afectaría la división de poderes y el sistema de control constitucional de las leyes, en tanto estas facultades han sido asignadas al Poder Judicial y Tribunal Constitucional y no pueden extenderse por aplicación análoga.

De esta manera, el máximo intérprete de la constitución volvió a sentar posición respecto al ejercicio del control difuso por la administración pública, pero, esta vez, en sentido contrario, estableciendo que ningún órgano administrativo tenía la facultad de declarar una norma como inconstitucional.

Es por ello que, en la actualidad, la administración pública no está facultada a realizar control difuso, siendo que esta herramienta es de exclusivo uso jurisdiccional por parte de los jueces y cualquier otro órgano que ejerza función jurisdiccional.

3.2.4. Efectos del control difuso

Como el lector podrá intuir, el control difuso es empleado para no aplicar aquellas normas jurídicas que sean contrarias a la Constitución Política del Perú. En los procesos contencioso-administrativos, esto significa que los jueces pueden analizar la constitucionalidad de los actos administrativos sometidos a su consideración en función a las normas reglamentarias o legales que le son fuente. Si la fuente legal es inconstitucional a criterio del juez, entonces el acto administrativo que la concretiza también lo será y se inaplicará al caso en concreto.

Resaltamos que la inaplicación de la norma inconstitucional solo se hace para el caso en concreto, siendo que la sentencia expedida en control difuso no genera efectos para otras personas o agentes económicos que no sean las partes del proceso contencioso administrativo.

4. ¿El sistema de eliminación de barreras burocráticas es inconstitucional?

Atendiendo a lo desarrollado respecto al control constitucional de la actividad administrativa, consideramos que el sistema de eliminación de barreras burocráticas no la contradice ni le irroga a la CEB o SEL facultades que son de exclusiva reserva judicial. En efecto, dichos órganos administrativos no hacen control concentrado de las disposiciones administrativas generales que son contrarias a la Constitución Política del Perú, sino que sus decisiones se limitan a inaplicar barreras burocráticas al ejercicio de los derechos económicos sin afectar la norma en la que están contenidas. En ese sentido, hay una diferencia formal y sustancial entre la derogación (consecuencia propia del control constitucional) e inaplicación con efectos generales

(consecuencia de las decisiones de la CEB y la SEL).

Desde el punto de vista formal, la derogación implica el retiro de la norma jurídica del ordenamiento, mientras que la inaplicación con efectos generales se limita a las barreras burocráticas analizadas durante el procedimiento. En este sentido, los efectos de las decisiones de la CEB o la SEL expulsan a la disposición administrativa general del ordenamiento jurídico, razón por la cual la norma sigue vigente pero la barrera burocrática que se materializa en ella deviene en inaplicable. Por ejemplo, en la Resolución 0115-2024/SEL-INDECOPI del 25 de enero del 2024, la SEL declaró que es una barrera burocrática ilegal la exigencia de transmitir a la SUNAT la fecha y hora de salida de los terminales de almacenamiento, respecto de aquellas mercancías que cuentan con el levante aduanero, y, por tanto, se encuentran físicamente en los almacenes en condición de depósito simple, lo cual ordena su inaplicación general a todos aquellos agentes económicos que sufriesen la imposición de la misma.

Sin embargo, la resolución en ningún extremo ordenó la derogación del artículo 147 inciso d) del Decreto Supremo 010-2009-EF – Reglamento de la Ley General de Aduanas, ni alguna de las disposiciones administrativas generales que materializaban la barrera burocrática. Tan es así que, a la fecha, estas normas siguen vigentes en el ordenamiento jurídico e irradian sus efectos en el procedimiento de despacho aduanero. La decisión de INDECOPI, por lo tanto, sólo afecta a la exigencia, limitación, prohibición y/o cobro que se deriva de las disposiciones administrativas generales, dejando estas últimas vigentes en el ordenamiento jurídico, pero evitando que la administración pública las utilice para afectar los derechos económicos de los administrados.

Lo mismo ocurre cuando la barrera burocrática se materializa en un acto administrativo o actuación administrativa concreta. La práctica administrativa de INDECOPI nos muestra que la inaplicación de la barrera burocrática no significa que los actos administrativos en los que se materializa sean nulos de pleno derecho conforme el artículo 10 de la LPAG, pues la CEB ni la SEL



tienen competencias para pronunciarse sobre ello. Véase, por ejemplo, la Resolución 0548-2021/SEL-INDECOPI del 27 de agosto del 2021, donde la SEL resolvió que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no se puede utilizar para cuestionar la validez de los actos administrativos en los que la barrera se materializa ni para que INDECOPI actúe como un órgano revisor superior de los actos expedidos por otras entidades administrativas (considerandos 33 al 41).

Desde el punto de vista sustancial, la acción popular puede llevar a que una norma jurídica sea derogada por contravenir la Constitución o una norma superior. Esto implica que dicha norma pierde sus efectos jurídicos en el ordenamiento, y los operadores jurídicos no pueden utilizarla como fundamento de sus decisiones. Cabe señalar que la derogación derivada de la acción popular no es un acto legislativo (como una derogación expresa u orgánica), sino el resultado de un fallo judicial que elimina la vigencia normativa por razones de constitucionalidad o legalidad.

Por otro lado, la inaplicación con efectos generales prevista en la Ley de Barreras Burocráticas no afecta directamente a una norma jurídica en su totalidad, sino a una exigencia, limitación, prohibición o cobro que constituye una barrera burocrática y que afecta el ejercicio del derecho a la libertad de empresa. Es importante resaltar que no todas las barreras burocráticas derivan necesariamente de normas jurídicas formales, lo que diferencia esta figura de la derogación que puede ordenar una acción popular. La inaplicación con efectos generales se enfoca en eliminar la exigencia administrativa en cuestión, preservando la norma de base y su vigencia, siempre que esta última no sea cuestionada vía judicial.

Otro elemento de distinción entre lo que resuelve INDECOPI y el Poder Judicial son los efectos temporales de sus decisiones. Como hemos dicho, las sentencias de acción popular se aplican de forma retroactiva debido a que se declaran nulas las disposiciones administrativas de carácter general y, por ende, se derogan del ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre cuando se hace control difuso para controlar la constitucionalidad de un acto administrativo, siendo que la nulidad del acto administrativo amparado en una norma inconstitucional tiene efectos retroactivos conforme el artículo 12 de la LPAG.

Sin embargo, la CEB y la SEL no derogan normas ni declaran la nulidad de actos administrativos, sino que declaran que una determinada exigencia, cobro, prohibición o limitación es ilegal o carente de razonabilidad. Siendo ello así, no hay razón para que sus decisiones tengan efectos retroactivos, por lo que solo aplican al futuro y a partir de que las mismas hayan adquirido firmeza administrativa.

De esta manera, es claro que el ámbito objetivo de las decisiones adoptadas en la CEB y la SEL sólo alcanzan a las barreras burocráticas que se denuncian, mas no

incluyen la derogación de las disposiciones administrativas generales ni la nulidad de los actos administrativos o actuación administrativa en las que se materializan. De allí que el sistema de eliminación de barreras burocráticas no esté sustituyendo de forma inconstitucional a la acción popular, ni le esté otorgando facultades a una entidad administrativa para ejercitar inconstitucionalmente el control difuso.

Por otro lado, la metodología de análisis que realiza la CEB y la SEL en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas dista mucho de ser uno de corte constitucional. Hemos visto en el apartado anterior que el control constitucional de las disposiciones administrativas generales y concretas implican una confrontación de su contenido con la Constitución Política del Perú y, además, con lo estipulado en el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos humanos.

Sin embargo, este análisis constitucional no es parte del efectuado en el sistema de eliminación de barreras burocráticas. En efecto, los artículos 13, 14, 15 y 16 de la Ley de Barreras Burocráticas determinan claramente que el análisis se divide en legalidad, si la barrera burocrática ha sido expedida por autoridad competente, si ha sido emitida conforme al procedimiento de producción normativa o si transgrede alguna norma del ordenamiento jurídico; y razonabilidad, si la barrera burocrática es arbitraria o desproporcional), excluyendo cualquier referencia a la posible inconstitucionalidad de la barrera burocrática cuestionada. La CEB y la SEL, de este modo, han sido claros en resolver que su análisis es de corte legal, por lo que no pueden analizar ni resolver algún cuestionamiento constitucional a las barreras burocráticas denunciadas, así como se sostuvo en la Resolución 270-2023/CEB-INDECOPI (2023).

El fundamento constitucional del sistema de eliminación de barreras burocráticas no es suficiente para dotarle de las características de una acción popular “administrativizada”, pues aquella siempre se inicia para proteger el derecho a la libertad de empresa que se ve amenazado por la barrera burocrática ilegal o



carente de razonabilidad. De allí que, salvo los procedimientos de oficio, las denuncias de eliminación de barreras burocráticas sólo pueden interponerse por aquellos que se ven afectados de forma directa o indirecta por ellas. La acción popular, por su parte, no requiere tal legitimación porque es una verdadera herramienta de control constitucional de las disposiciones administrativas de carácter general. Su naturaleza pública y de protección constitucional hace que cualquier ciudadano esté legitimado para interponer la acción, aún si la disposición no se le aplica directa o indirectamente. Como hemos dicho, la protección de la Constitución Política del Perú les importa a todos.

Además de ello, el análisis de constitucionalidad empleado en la acción popular no se limita a validar el respeto al derecho a la libertad de empresa, sino que lo hace respecto a todo el bloque constitucional de la Constitución Política del Perú, incluyendo tratados internacionales de derechos humanos a través del control de convencionalidad. De este modo, el sistema de eliminación de barreras burocráticas no puede confundirse con una acción popular ni le otorga a la CEB y SEL facultades exclusivamente jurisdiccionales.

La eliminación de barreras burocrática tampoco se puede confundir con el ejercicio de un control difuso en sede administrativa, pues la CEB ni la SEL inaplican una barrera por inconstitucional sino por ilegal o carente de razonabilidad. Si bien el sistema de eliminación de barreras burocráticas tiene un fundamento constitucional de protección de los derechos económicos de los administrados y la simplificación administrativa de los procedimientos, ello no significa que el análisis que se emplee en los procedimientos tenga corte constitucional. De hecho, el Tribunal Constitucional (2014), al momento de resolver que el control difuso no puede ser utilizado por la administración pública mediante la Sentencia recaída en el Expediente 04293-2012-PA/TC, indicó que las autoridades que resuelven la eliminación de barreras burocráticas no realizan un control de constitucionalidad, sino de legalidad⁽³⁾.

Por lo tanto, es claro que la CEB ni la SEL asumen facultades constitucionales que se les ha sido reservadas al Poder Judicial y a los órganos jurisdiccionales para derogar o inaplicar disposiciones administrativas inconstitucionales de carácter general o concretas. Al contrario, el sistema de eliminación de barreras burocráticas es un legítimo control de legalidad que, sin perjuicio de su fundamento constitucional, emana del principio de legalidad contenido en la LPAG y garantiza que la regulación expedida por la administración pública respete los parámetros de legalidad y razonabilidad en toda forma de actuación.

Es más, las diferencias conceptuales entre el sistema de eliminación de barreras burocráticas, a acción popular y el control difuso hacen que las tres puedan convivir en el ordenamiento jurídico y ser utilizadas por los administrados como mejor convenga a sus intereses. Tal y como señalan Juan Luis Avendaño y Fiorella Zumaeta, no existe una fórmula exacta que permita decidir cuándo es más conveniente el ejercicio de alguna u otra acción, pero debe quedar clara la naturaleza jurídica y los requisitos procedimentales de cada una para que puedan ser empleadas de forma correcta (2011, p. 229).

Por ejemplo, si transcurre el plazo de prescripción para interponer una acción popular contra un reglamento que afecta los derechos económicos de los administrados, aquellos tienen la posibilidad de interponer una denuncia de barreras burocráticas para cuestionar las exigencias, limitaciones, prohibiciones y/o cobros concretos que afectan sus derechos. Por otro lado, siempre será posible cuestionar la constitucionalidad de los actos administrativos en el proceso contencioso administrativo, siendo que dicho fuero será el adecuado para que aquellos sean declarados nulos.

En resumen, la elección entre acciones judiciales o administrativas dependerá del caso particular y del objetivo perseguido, ya sea la derogación de una disposición administrativa general, la anulación de un acto administrativo inconstitucional, o la inaplicación de una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad.

5. Conclusiones

En conclusión, el análisis realizado sobre el sistema de eliminación de barreras burocráticas y los diversos mecanismos de control constitucional de la actividad administrativa ha permitido esclarecer diversos aspectos cruciales en torno a su compatibilidad en el ordenamiento jurídico. A lo largo del estudio, se ha evidenciado que

(3) Al respecto, véase el fundamento del voto del Magistrado Álvarez Miranda.



la SEL y la CEB ejercen un control de legalidad más que de constitucionalidad, al inaplicar barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad sin derogar las normas en las que se materializan.

Asimismo, se ha resaltado la diferencia entre las decisiones de la CEB y SEL y las resoluciones judiciales expedidas en procesos de acción popular y como resultado de control difuso, destacando que las primeras no tienen efectos retroactivos y se centran en la legalidad y razonabilidad de las barreras burocráticas, mientras que las segundas pueden llegar a anular disposiciones administrativas de manera retroactiva por la inconstitucionalidad de las normas o actos administrativos sometidos a revisión. Además, se ha enfatizado que el análisis realizado por la CEB y SEL se circunscribe a cuestiones de legalidad y razonabilidad, sin abordar aspectos constitucionales de ningún tipo.

Esta delimitación de competencias, métodos de análisis y efectos de las decisiones confirma que el sistema de eliminación de barreras burocráticas no otorga a la administración pública facultades constitucionales exclusivas del Poder Judicial, sino que se enmarca dentro de un control administrativo de legalidad previsto en la legislación correspondiente. En este sentido, se ha destacado la importancia de distinguir entre el sistema de eliminación de barreras burocráticas, la acción popular y el control difuso, reconociendo que cada uno cumple una función específica en el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, conviven constitucionalmente.

Lo anterior hace que los administrados tengamos libertad para elegir entre acciones judiciales o administrativas para defender nuestros derechos económicos frente a la regulación ilegal, arbitraria e inconstitucional de la administración pública. Sin embargo, no debemos perder de vista que todas las acciones vistas en este artículo tienen diferencias conceptuales y requisitos procedimentales específicos que debemos considerar al momento de realizar nuestra elección.

Referencias bibliográficas

Alejos, O. & Suárez, A. (2022). Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado. Una revisión del modelo de control administrativo. *Revista digital de Derecho Administrativo*, (28), 201-222. <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.07>

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2.ª ed.).

Avendaño, J. & Zumaeta, F. (2011). El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial: las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo. *Ius et Veritas*, 21(43), 208-229. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12062>

Bielsa, R. (1966). *Derecho Administrativo*. Tomo V. Editorial La Ley.

Bobbio, N. (2007). *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis.

Cairampoma, A. (2012). (Re) interpretación del Principio de Subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico Peruano. *Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (pp. 315-329). Palestra Editores.

Carrillo, C. (2020). Yo también quiero competir: las barreras de entrada y de permanencia y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. *THEMIS Revista De Derecho*, (78), 409-426. <https://doi.org/10.18800/themis.202002.021>

Casación No. 1618-2016-LIMA (2016, 16 de agosto). Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República

Casación No. 25135-2018-LIMA (2021, 13 de abril). Sala de Derecho Constitucional Social Permanente.

Cruces, A. (2015). Artículo 76. Procedencia de la demanda de acción popular. En P. Salas (Coord.), *Código Procesal Constitucional Comentado* (Tomo II, pp.108-112). Gaceta Jurídica.

Constitución Política del Perú [Const.]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

De Lama, M. (s.f.). El control difuso por parte de la administración pública y su relación con los principios de buen gobierno y de corrección. *Curso de Administración del trabajo e inspección laboral de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Defensoría del Pueblo (2020). *Estado de emergencia sanitaria: El problema de la informalidad laboral en una economía confinada* (Informes Especiales No. 02-2020-DP). s/e. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%B0-02-2020-DP-Problema-de-la-informalidad-laboral-en-una-economia-confinada.pdf>

García de Enterria, E. & Fernández, T. (2022). *Curso de Derecho Administrativo* (20.ª ed., Tomo I). Editorial Arazandi.

González, O. (2012). Acerca del "Control de Convencionalidad" por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, (56), 215-271. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/8477/7574>

Landa, C. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://doi.org/10.18800/9786123173777>



- Loayza, N. (2007). *Las causas y consecuencias de la informalidad* (Documento de Trabajo No. 2007-18). Banco Central de Reserva del Perú. <https://www.bcrp.gob.pe/publicaciones/documentos-de-trabajo/dt-2007-18.html>
- López, L. (2017). El control constitucional en el Perú: ¿un modelo aún por armar?. *Vox Juris*, 34(2), 73-97. <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2017.v34n2.06>
- Mateo, M. (2009). *Manual de Derecho Administrativo* (28.ª ed.). Editorial Arazandi.
- Meza, M. (2014). *Control Difuso Administrativo Peruano* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5612>
- Morón, J. (2003). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General* (Tomo II). Gaceta Jurídica.
- Morón, J. (2007). ¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián in limine de la constitucionalidad de las leyes? Luces y sombras sobre las consecuencias del precedente Salazar Yarlenque. En E. Carpio & P. Grández (Eds.), *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos* (pp. 55-67). Palestra Editores.
- Morón, J. (2013). *Análisis jurisprudencial del proceso de acción popular en el Perú: propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/4504>
- Morón, J. (2014). Evolución de la acción popular: el modelo peruano de control constitucional sobre reglamentos. *Pensamiento constitucional*, (19), 355-386.
- Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444* (Tomo I). Gaceta Jurídica.
- Naupari, J. (2015). Artículo 81. Efectos de la sentencia fundada. En P. Salas (Coord.), *Código Procesal Constitucional Comentado* (Tomo II, pp. 144-156). Gaceta Jurídica.
- Ochoa, F. (2014). Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. *Revista de Competencia y la Propiedad Intelectual*, 10(19), 1-56. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/10>
- Oficina de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (2023). *Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú 2023* (Informe No. 49). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/5667808-impacto-economico-de-la-imposicion-de-barreras-burocraticas-en-el-peru-2023>
- Quiroga, A. (1996). Control Difuso y control Concentrado en el Derecho Procesal Constitucional peruano. *Derecho PUCP*, (50), 207-233. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.006>
- Quiroga, A. (1997). El control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPI. *Derecho PUCP*, (51), 323-352. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.013>
- Resolución No. 0298-2018/CEB-INDECOPI (2018, 11 de junio). Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/48e5ec6a-f9ae-42c1-ae7a-da5b871490c2>
- Resolución No. 0026-2020/SEL-INDECOPI (2020, 6 de febrero). Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/0e334f85-d97e-4d88-8a19-1b8a0a3ab6ff>
- Resolución 008-2020/CEB-INDECOPI (2020, 27 de agosto). Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/9329a7ac-81e5-4830-a8fb-74d17244ee1e>
- Resolución 0548-2021/SEL-INDECOPI (2021, 27 de agosto). Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas.
- Resolución No. 270-2023/CEB-INDECOPI (2023, 10 de febrero). Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/9d6c4c18-5ca3-4950-96a7-c98d8153dcef>
- Rubio, M. (2004). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sentencia recaída en el Expediente 1013-2003-HC/TC (2003, 30 de junio). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01013-2003-HC.html>
- Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (2003, 11 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-PA/TC (2004, 5 de julio). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
- Sentencia recaída en el Expediente 034-2004-PI/TC (2005, 15 de febrero). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA (2005, 14 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC (2005, 8 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente 003-2005-PI/TC (2006, 2 de febrero). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.pdf>



Sentencia recaída en el Expediente 03610-2008-PA/TC (2008, 27 de agosto). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03610-2008-AA.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente 04293-2012-PA/TC (2014, 18 de marzo). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente 00756-2022-0-1801-SP-DC-03 (2023, 8 de

marzo). Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/documentoD.html?nid=qnKWmQkmgEPbSaLYHi>

Tamayo, S. (2015). Artículo 95. Consulta. En P. Salas (Coord.), *Código Procesal Constitucional Comentado* (Tomo II, pp. 245-252). Gaceta Jurídica.

Valdés, C. (2005). Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (5), 313-345. <http://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/327> 



La prescripción tributaria^(*)

Un ejercicio interpretativo de los artículos 43 y 44 del Código Tributario

The tax statute of limitations

An interpretative exercise of Articles 43 and 44 of the Tax Code

Jaime Lara Márquez^(**)

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

Resumen: Se analiza la prescripción en materia tributaria. Se efectúa un ejercicio interpretativo de los artículos 43 y 44 del Código Tributario, con el propósito de determinar su verdadero contenido normativo. Los temas centrales que se abordan son: (i) cuál es el inicio de la prescripción conocido también como *dies a quo*, y (ii) cuál es la extensión del plazo de prescripción. Respecto del primer tema, se sostiene que ello no ocurre el 1 de enero del año siguiente, tal como lo señalan la jurisprudencia y doctrina. Ello ocurre mucho antes en el momento previo al que se refiere el artículo 44 del Código Tributario en cada uno de sus incisos, como por ejemplo la fecha en que vence el plazo para presentar la declaración jurada anual o en que la obligación es exigible. Respecto del segundo tema se sostiene que el plazo total de prescripción no es de 4, 6 ni 10 años, sino que el plazo de prescripción es mayor a esa cantidad de años, puesto que la prescripción empieza a correr desde aquel momento previo a que se refiere cada uno de los incisos del artículo 44 del Código Tributario.

Palabras Clave: Prescripción tributaria - Inicio de la prescripción - Plazo de prescripción - Cómputo de la prescripción - Extinción de la obligación tributaria - Código Tributario - Derecho Tributario - Perú

Abstract: An analysis is made of the statute of limitations in tax matters. An interpretative exercise is carried out on articles 43 and 44 of the Tax Code, in order to determine their true normative content. The central issues addressed are: (i) what is the beginning of the statute of limitations, also known as *dies a quo*, and (ii) what is the extension of the statute of limitations period. Regarding the first issue, it is argued that this does not occur on 1 January of the following year, as stated in case law and doctrine. It occurs much earlier, at the time prior to that referred to in Article 44 of the Tax Code at each of its initiations, such as the date on which the deadline for filing the annual tax return expires or on which the obligation becomes due. Regarding the second issue, it is argued that the total limitation period is not 4, 6 or 10 years, but that the limitation period is longer than that number of years, since the limitation period starts to run from the previous moment referred to in each of the subparagraphs of article 44 of the Tax Code.

Keywords: Tax statute of limitations - Commencement of the statute of limitations - Limitation period - Computation of the statute of limitations - Extinction of the tax liability - Tax Code - Tax Law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 13 de mayo de 2024 y su publicación fue aprobada el 30 de diciembre de 2025.

(**) Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Ha cursado estudios de Maestría en Política y Administración Tributaria en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-8101-2952>. Correo electrónico: jlara@pucp.pe.



1. Introducción

El objetivo del presente trabajo es contribuir a la determinación de una mejor interpretación jurídica de los artículos 43 y 44 del Código Tributario referidos a la prescripción tributaria. Los mencionados artículos tratan de los siguientes temas: el objeto de la prescripción tributaria, los diferentes plazos de prescripción, así como las formas de cómputo de los mencionados plazos.

El tema de la prescripción tiene particular importancia, porque conforme a ella, por el mero transcurso del tiempo, cesan las facultades coactivas de la Administración Tributaria respecto de las deudas pendientes de pago de los contribuyentes, lo cual implica una liberación del contribuyente sin que haya habido el correspondiente pago.

Por la prescripción a causa del transcurso del tiempo y luego de haber acaecido el término prescriptorio final, el contribuyente puede no cumplir legalmente con sus obligaciones tributarias sin que la Administración Tributaria se lo pueda exigir coactivamente. De esa manera, se garantiza la seguridad jurídica y la justicia en las relaciones obligatorias impositivas, toda vez que no es razonable que los referidos vínculos obligacionales se mantengan en pendencia de manera indefinida, por inacción del acreedor. De manera que, si el acreedor no cobra dentro del plazo de prescripción, ya no podrá hacerlo vencido éste.

Por lo tanto, la prescripción implica en la práctica la liberación del contribuyente, con la consiguiente frustración de la finalidad del tributo a causa de la inacción del acreedor, pues los referidos recursos tributarios no podrán ser cobrados por la Administración Tributaria y, en consecuencia, tampoco podrán ser destinados a solventar el gasto público, salvo que el contribuyente pague voluntariamente la obligación prescrita.

En el análisis de los temas elegidos, identificamos dos problemas relevantes. El primer problema está referido a la determinación de la naturaleza de la prescripción tributaria

distinguiéndola de la figura de la caducidad. El segundo problema está referido a la determinación tanto de la extensión del plazo de prescripción, como la fijación del momento inicial y el de su término final.

Las interrogantes que guían nuestra investigación son las siguientes: (i) ¿Si la prescripción extingue solo la acción y no el derecho, entonces porque su regulación está ubicada en el capítulo de la extinción de la obligación tributaria? (ii) Con frecuencia los contribuyentes y los estudiantes se preguntan, por ejemplo, ¿por qué una obligación tributaria de mayo del año 2020, puede ser cobrada hasta el 1 de enero del año 2025, cuando los 4 años ya habrían vencido en mayo de 2024? Si el cómputo de la prescripción se inicia el 1 de enero del año siguiente y la determinación de la obligación como consecuencia de la fiscalización se debe realizar dentro del período de prescripción, ¿cómo así la SUNAT fiscaliza y determina las obligaciones tributarias en los meses anteriores al referido 1 de enero?

La investigación se inicia formulando una definición de la institución de la prescripción, en contraste con la definición de caducidad. Seguidamente, se efectúa un análisis histórico de la regulación de ambas instituciones en el Código Tributario desde su primera versión.

Se analiza el inicio del cómputo de la prescripción, denominado también *dies a quo*, bajo la hipótesis de que el referido inicio no es el 1 de enero del año siguiente a la ocurrencia del evento condicionante, tal como lo señala la doctrina nacional⁽¹⁾ y tal como pareciera desprenderse de una lectura

(1) "El plazo general de prescripción es de cuatro años y debe computarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 según el cual los plazos de prescripción se empiezan a contar a partir del 1º de enero siguiente [énfasis agregado] al hecho que determina el inicio del cómputo" (Sevillano, 2019, p. 233); "en el art. 44 del Código Tributario se encuentran las normas sobre el inicio del plazo de prescripción [énfasis agregado] atendiendo a diversos supuestos" (Ruiz de Castilla, 2021, p. 322); "como precisa la RTF 09789-4-2017 -de observancia obligatoria-, el artículo 43 regula específicamente el plazo de prescripción, mientras que el artículo 44 hace referencia expresa del momento de inicio del cómputo [énfasis agregado]" (Huamaní, 2019, p. 1053); "en el texto del artículo 44 del Código Tributario se ha señalado expresamente desde cuándo se inicia [énfasis agregado] el cómputo del plazo de prescripción" (Bravo, 2022, p. 287); "el inicio del cómputo del plazo de la prescripción tributaria que recae sobre las potestades de la Administración se aparta de la teoría de la actio nata (salvo por los supuestos contenidos en el numeral 7), pues, según el Código Tributario, el inicio del cómputo [énfasis agregado] no debe considerar el momento desde el cual la Administración está en la posibilidad de ejercer su potestad, sino el 1 de enero siguiente [énfasis agregado]" (Aguayo, 2021, p. 18); "el artículo 43 del Código Tributario regula los plazos de prescripción del ejercicio de la potestad de la Administración Tributaria para los siguientes supuestos: Determinar la obligación tributaria; exigir el pago de la deuda tributaria; aplicar sanciones; solicitar la compensación; y solicitar la devolución. La misma disposición en mención del Código Tributario establece que el plazo de prescripción extintiva será: [4 años, 6 años y 10 años]" (Bardales, 2023, p. 51).



superficial de lo establecido en los numerales 1 al 6 del artículo 44 del Código Tributario, sino que el inicio de la prescripción se produce mucho antes, desde aquel momento previo al que se refiere el artículo 44 del Código Tributario en cada uno de sus incisos, tales como por ejemplo la fecha en que vence el plazo para presentar la declaración jurada anual, la fecha en que la obligación es exigible, o la fecha en que se cometió la infracción, entre otros; esto es, mucho antes del referido 1 de enero.

Asimismo, se desarrolla la hipótesis de que los plazos de que dispone la Administración Tributaria para ejercer las acciones de determinación, cobro y sanción no son de 4, 6 ni 10 años, tal como pareciera desprenderse de una lectura inicial del artículo 43 del Código Tributario, sino que los referidos plazos de prescripción son mayores, ya que el plazo de prescripción se inicia desde aquel momento previo al 1 de enero a que se refiere el artículo 44 del Código Tributario en cada uno de sus incisos; esto es, mucho antes del 1 de enero.

Los artículos 43 y 44 del Código Tributario poseen sendos encabezados que fueron incorporados al Código Tributario treinta años después de su entrada en vigencia, mediante la modificación legislativa efectuada por el Decreto Legislativo 816, del 21 de abril de 1996. Los mencionados encabezados, cuyo valor normativo es discutible, han perjudicado notablemente la interpretación de los textos contenidos en los referidos artículos, pues dada su brevedad y simplicidad han actuado como una suerte de distractores, contrariando la finalidad de su incorporación al Código, pues, al menos en estos dos casos, han sesgado, prejuiciado y desencaminando la determinación del sentido normativo de los referidos textos, impidiendo con ello que los operadores del derecho realicen adecuadas interpretaciones del texto de las referidas disposiciones normativas.

2. Nociones preliminares

2.1. Definición de prescripción tributaria

La prescripción tributaria es la afectación extintiva que el paso del tiempo ejerce sobre las facultades y atribuciones de contenido tributario de cada una de las partes de la relación obligatoria. Transcurrido el plazo prescriptorio se extinguen las acciones de las facultades no ejercidas en dicho ínterin.

La prescripción tributaria no libera al deudor tributario de su obligación. Al vencimiento del término prescriptorio, la obligación sigue abierta y lo seguirá estando indefinidamente hasta la eternidad o hasta el momento en que el deudor decida voluntariamente cumplir con su prestación, que en la mayoría de los casos no ocurre nunca. La institución que libera al deudor de su obligación luego de transcurrido el plazo establecido es la caducidad. Esta última es precisamente la institución que fue desechada del Código Tributario a iniciativa de la

doctrina nacional, para ser reemplazada por la prescripción que fue importada desde el Código Civil de 1984.

El acaecimiento de la prescripción tributaria tiene dos condiciones a saber, por un lado, la inacción del acreedor quien durante el plazo de prescripción establecido en la ley omite realizar las acciones necesarias para hacer efectiva su acreencia y, por otro, la prescripción se produce a causa del incumplimiento del deudor de su correspondiente obligación.

Conforme lo señala el artículo 1989 del Código Civil “La prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo”. La caducidad extingue tanto el derecho como la acción, según lo señala el artículo 2003 del mismo cuerpo normativo. Traídos los referidos conceptos al ámbito tributario, se concluye que por efecto de la prescripción tributaria se extingue la acción más no el “derecho” del fisco para determinar la deuda, exigir su pago e imponer sanciones al deudor omiso e infractor.

Una vez vencido el término prescriptorio, el acreedor ya no podrá realizar válidamente las acciones de determinación, cobro de la deuda e imposición de sanciones. Pero como la prescripción no extingue el derecho del acreedor a percibir el referido pago, ni tampoco extingue la obligación de cargo del deudor de pagar la deuda. El pago que se realice voluntariamente después de transcurrido el término prescriptorio es un pago válido y por ende no da derecho a devolución. Luego de transcurrido el término prescriptorio la obligación sigue abierta, puesto que la prescripción no libera del cumplimiento de la referida obligación. Al vencimiento del plazo de prescripción, lo que cesan son las acciones del acreedor para proceder a una ejecución forzada. Por esa razón, el pago voluntario después de transcurrido el término prescriptorio es un pago válido que extingue plenamente la deuda hasta entonces vigente, tal como lo establece el artículo 49 del Código Tributario.

Como consecuencia del vencimiento del término prescriptorio se producen dos efectos: por un lado, se limita la actuación del acreedor, extinguiéndose sus facultades



de exigir al deudor el cumplimiento forzado de la prestación; y, por otro lado, libera al deudor del cumplimiento forzado de la misma, pero la obligación sigue vigente. En adelante, frente a las exigencias de pago que el acreedor pudiera efectuar, el deudor podrá oponer en cualquier momento la prescripción ganada, en el sentido que la Administración estaría haciendo uso de facultades que ya no tiene y que, por ende, no puede ejercer válidamente, precisamente a causa de la prescripción.

La pérdida de la acción de cobro del acreedor se produce como consecuencia de su falta de ejercicio o inacción durante el plazo de prescripción fijado en la ley.

En consecuencia, la prescripción se configura con:

- a) El transcurso del tiempo establecido,
- b) La falta de ejercicio de la acción de cobro del acreedor y
- c) El incumplimiento de pago del deudor.

La prescripción extintiva libera al deudor tributario del cumplimiento forzado de la prestación, pero no extingue la obligación, la cual permanece abierta y vigente. La prescripción extingue la acción que el acreedor tenía para exigir el cumplimiento de la prestación. Vencido el término prescriptorio, el vínculo obligacional permanece, pero a partir de entonces, el deudor es inmune a las exigencias de cumplimiento que el acreedor pudiera efectuar, precisamente porque éste ya no tiene facultad para ejercer tales acciones. Por esa razón, luego de vencido el plazo prescriptorio, aun cuando el acreedor no pueda exigir el cumplimiento de la prestación, es válido el pago voluntario que el deudor pueda realizar, porque la prescripción no afecta el vínculo obligacional ni el deber del deudor, lo único que afecta es la acción de cobro del acreedor, la cual se extingue.

Si bien es cierto que la obligación tributaria es el vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor tributario, nacido por mandato de la ley y como consecuencia de la realización del hecho imponible, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria, consistente en la conducta de llevar una porción razonable de dinero proveniente de la riqueza privada a las arcas fiscales en calidad de tributo, conforme la ley lo establece (Ataliba, 1987, p. 37), no por ello se puede concluir que sólo prescriben las acciones del fisco relativas tanto a la determinación de la obligación, cobro de los tributos a su cargo e imposición de sanciones, sino que también prescriben las acciones de los contribuyentes, cuando estos tengan la calidad de acreedor frente al fisco. Situación que se produce, por ejemplo, en la compensación y devolución de pagos indebidos o en exceso o saldos a favor. En consecuencia, prescriben tanto las acciones del fisco, como las acciones del contribuyente, cuando los referidos sujetos ocupen la posición activa en los respectivos vínculos obligacionales.

2.2. ¿Prescripción o caducidad?

El Código Tributario desde su primera versión estableció un

régimen de caducidad para la determinación y cobro de la deuda tributaria al que denominó “prescripción”.

El primer Código Tributario, vigente desde el 17 de octubre de 1966 en su Libro Primero, denominado “De la obligación tributaria”, su Título VII denominado “De la extinción de la obligación tributaria”, su Capítulo VI denominado “De la prescripción”, artículos 39 al 43, reguló el régimen de extinción de la obligación tributaria por la inacción del acreedor tributario en el plazo de cuatro y diez años.

Entonces, conforme a la referida regulación, transcurridos los referidos plazos “cesaba el derecho” de la Administración Tributaria a determinar la deuda tributaria y exigir su pago, tal como lo señalaba expresamente su artículo 39. Es decir, la deuda tributaria se extinguía por el transcurso del tiempo y la inacción del acreedor tributario, tal como lo disponía expresamente el literal f) del artículo 24 del Código Tributario, entonces vigente. Ese régimen, claramente, no era un régimen de prescripción, aun cuando se denominara como tal. Ese régimen era un régimen de caducidad a cuyo término la deuda se extinguía.

En ese mismo sentido, el Modelo de Código Tributario del CIAT del año 2015, en el artículo 66 referido a la prescripción, establece “Prescribirá a los (...) años: a) el derecho [énfasis agregado] de la Administración para (...) [determinar, sancionar, exigir el pago...].” En el numeral 2 del comentario al artículo en mención en el referido texto, se señala:

2. El Modelo opta por establecer que lo que prescribe es el derecho o facultad de la Administración Tributaria o de los obligados tributarios para determinar las obligaciones, imponer sanciones, exigir el pago de las deudas tributarias o solicitar la devolución de los pagos indebidos o los saldos a favor o de solicitar la rectificación de las autoliquidaciones, respectivamente, constituyendo, en consecuencia, un medio de extinción de la obligación tributaria propiamente dicha [énfasis agregado] (pp. 74-75).

Existe una diferencia radical entre prescripción y caducidad. En la prescripción, no se extingue el derecho, ni la obligación, ni la deuda. En la caducidad, sí.



Nuestro primer Código Tributario denominó expresamente “prescripción” a lo que materialmente configuraba como caducidad. De manera que, por su contenido y por su ubicación en la estructura del Código Tributario, “Título VII De la extinción de la obligación tributaria”, se debía interpretar que el Código Tributario establecía un régimen de caducidad de la obligación tributaria, entendiéndose que para efectos tributarios el legislador redefinía el concepto de prescripción, apartándose para ello del contenido y definición que el referido término tenía en el ámbito del Derecho Civil, otorgándole solo para efectos tributarios el contenido de caducidad. Así operó el Código Tributario durante cerca de dos décadas.

En 1984, entró en vigencia el nuevo Código Civil que, a diferencia del Código Civil anterior de 1936, le dedicó un Libro completo, el Libro VIII, al régimen de la prescripción y la caducidad. El Código Civil de 1936 solo regulaba la institución de la prescripción en el Título X del Libro Quinto referido al derecho de las obligaciones. A partir de la vigencia del Código Civil de 1984, había una distinción nítida en la legislación civil y en la doctrina de dicha área del derecho entre prescripción y caducidad.

Esa distinción del derecho civil fue acogida animosamente por algunos comentaristas del Código Tributario, quienes a partir de entonces empezaron a reclamar que el artículo 24 del Código Tributario debía modificarse derogando de su listado a la prescripción como una de las formas de extinción de la obligación tributaria, puesto que, según el artículo 1989 del Código Civil de 1984, “La prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo”. Es decir, leyeron el Código Tributario situado en el derecho público en clave de derecho privado, tomando como referencia la definición contenida en el Código Civil, a pesar de que es la caducidad y no la prescripción la que resguarda de mejor manera el valor seguridad jurídica, fundamento de ambas instituciones extintivas.

Como se dijo antes, con la prescripción aún luego de transcurridos los plazos prescriptorios las obligaciones, siguen eternamente abiertas. En cambio con la caducidad, la obligación se extingue. Con la prescripción aún después de transcurrido el término prescriptorio, pesa sobre el contribuyente la obligación moral de cumplir las obligaciones prescritas, puesto que como dice el Dr. Jorge del Busto Vargas:

No es lícito moralmente que el que omitió cumplir sus deberes tributarios, a la espera del cumplimiento del plazo prescriptorio se acoja a la prescripción una vez cumplido dicho término. Lo ético es que, en armonía con un conocido precepto de nuestro Código Civil, renuncie a la prescripción ya ganada y pague su deuda justa y justamente determinada (1988, p. 15).

Con el transcurso de los años, las críticas referidas a la discordancia entre el contenido de caducidad y la denominación de prescripción fueron calando en la doctrina tributaria nacional. Hasta que finalmente fueron acogidas por el legislador de

1992, quien mediante Decreto Legislativo 769, de fecha 31 de marzo de 1992, modificó el régimen de la prescripción contenido en el Código Tributario, estableciendo en su artículo 39 que lo que prescribía ya no era “el derecho” de la Administración Tributaria a determinar la deuda tributaria y a exigir su pago, sino que a partir de entonces lo que prescribía eran “las acciones” de la Administración Tributaria destinadas a determinar la deuda y exigir su pago, con lo cual se modificó el régimen de caducidad que materialmente contenía el Código Tributario para que coincidiera con la etiqueta de prescripción que ella ya tenía, alineando así el Código Tributario al Código Civil. De manera que, mientras el Código Civil evolucionaba de solo regular la prescripción a también incorporar de manera explícita a la caducidad. El Código Tributario involucionaba de regular materialmente la caducidad sustituyendo dicha regulación por la de prescripción.

Sin embargo, el referido legislador tributario de 1992 mantuvo a la prescripción como forma de extinción de la obligación tributaria en su artículo 24 el cual no fue modificado, incurriendo con ello en una auténtica contradicción, discordancia que finalmente fue corregida con la dación del Código Tributario aprobado mediante Decreto Legislativo 773 en diciembre de 1993, que derogó el literal e) del artículo 27, antes numerado como 24, referido a la prescripción.

Pero la discordancia no fue corregida en su integridad, puesto que el artículo 43 referido a la prescripción continúa estando ubicado dentro del Título III del Libro Primero del actual Código Tributario, referido a la Transmisión y Extinción de la Obligación Tributaria. Es decir, por su estructura, la prescripción sigue estando regulada dentro del Título de Extinción de la Obligación Tributaria. Pero eso no es todo, aún el día de hoy, el Código Tributario vigente contiene supuestos de caducidad en los artículos 56 al 58 y, aún hoy en día, continúa teniendo una serie de referencias implícitas a la caducidad en sus artículos 17.b, 49, 87.7, 87.8, 119.b.3, 175.7, 175.8, 177.2 en las que permanecen expresiones tales como “obligación prescrita”, “tributo prescrito” y “deuda prescrita”, tal como da cuenta Juan Aguayo López (2021, p. 12),



lista a la que nosotros podemos agregar los siguientes artículos 62.7 y 92.o. “Obligación prescrita”, “tributo prescrito” y “deuda prescrita”, no son supuestos de prescripción sino de caducidad que hoy contiene el Código Tributario vigente.

2.3. No existe el derecho a ganar la prescripción, lo que hay es el derecho a oponer la prescripción ganada

La prescripción regulada en el Código Tributario es una prescripción extintiva que ocurre de facto, por esa razón no se exige que suceda nada en particular de parte del deudor, ni de parte del acreedor en el lapso que transcurre entre el momento inicial y el acaecimiento del término final. Distinto es el caso de la usucapión o prescripción adquisitiva de propiedad regulada en el Código Civil, donde a los beneficiarios de la prescripción adquisitiva se les exige, posesión pública, pacífica y constante durante el plazo de prescripción, además comportarse durante ese tiempo como propietarios del bien.

En materia tributaria, solo debe haber inacción de ambas partes durante el plazo de prescripción. Es decir, el deudor debe omitir el cumplimiento de su prestación, mientras que el acreedor debe omitir realizar las acciones a que está facultado para hacer efectivo el cobro de su acreencia; de lo contrario, el plazo se podría interrumpir o suspender siempre que se incurra en alguna de las causales establecidas para ello. Por esa razón, no existe un derecho a la prescripción, puesto que el deudor no tiene el derecho a no pagar la deuda tributaria ni dentro del plazo de prescripción, ni vencido este. Todo lo contrario, conforme al principio del deber de contribuir, la obligación del contribuyente es pagar el tributo a su cargo, sin que esa obligación se extinga por la prescripción. En ese sentido, la prescripción sobreviene de facto con el transcurso del tiempo y se produce tempestivamente al acaecimiento del término final, privando de las correspondientes acciones al acreedor y sirviendo al deudor de “medio de defensa para oponerse a la (...) pretensión de la Administración, como consecuencia de la inacción de esta” (Medrano, 2005, p. 18).

3. Inicio del cómputo de prescripción

3.1. El artículo 44 del Código Tributario no establece el inicio de la prescripción, sino el término final del mismo

Se distinguen tres momentos claramente diferenciados en el decurso de la prescripción:

- a) Un momento de inicio (*dies a quo*),
- b) Un decurso, iter, cuerpo o plazo prescriptorio, y
- c) Un término final (*dies ad quem*).

La doctrina y la jurisprudencia unánimemente vienen sosteniendo que el artículo 44 del Código Tributario regula el momento de inicio de la prescripción fijándolo en el 1 de enero del año siguiente. Nosotros sostenemos que el referido artículo 44 no regula el inicio de la prescripción en la referida

fecha, sino el término final del mismo; esto es, el momento en el que concluye el decurso prescriptorio. En apoyo de nuestra tesis, citamos al propio artículo 44 del Código Tributario, quien a la letra dice:

Artículo 44º.- CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

El término prescriptorio se computará:

1. Desde el uno (1) de enero del año siguiente...”
(...)

Como se puede apreciar, el artículo 44 del Código Tributario en ninguna parte establece que el uno (1) de enero sea el inicio de la prescripción, o que la prescripción empiece o comience en la referida fecha. El artículo 44 del Código Tributario solamente establece que el uno (1) de enero es un simple referente temporal a partir del cual se pueda determinar el término final de la prescripción. Ese es el propósito del referido artículo, determinar el término final de la prescripción. Por lo tanto, el artículo 44 no establece como inicio de la prescripción el 1 de enero, sino el término final, señalando al efecto: “El término prescriptorio se computará: (...)”.

Conforme al diccionario de la Real Academia Española, la palabra “término” tiene 28 acepciones. Las primeras acepciones están referidas a límite, lindero, extremo, límite máximo, término final. La séptima acepción señala “plazo de tiempo determinado”. En nuestra opinión, cuando el artículo 44 del Código Tributario señala “El término prescriptorio se computará” hace referencia al término final, pues este es el sentido que se desprende del contexto en el que la referida expresión es utilizada en el Código: contar a partir del 1 de enero del año siguiente cierta cantidad de años, 4, 6 o 10 años, para determinar el término o el límite máximo o el fin de la prescripción. De ninguna manera, 4, 6 o 10 años se refieren al plazo, porque el referido plazo es mayor que la mencionada cantidad de años.

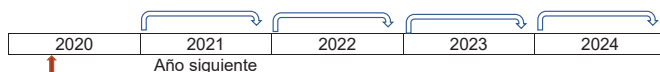
Para comprender mejor lo que acabamos de señalar, veamos un ejemplo imaginario. Supongamos que se modifica el artículo 43 del Código Tributario estableciéndose que el plazo de prescripción será de dos años.



Hasta antes de eso, el plazo era de cuatro años. La crítica no se haría esperar denunciándose de inmediato que el plazo se habría reducido a la mitad. Pero si la referida reforma legislativa también modificara el artículo 44 del referido Código estableciendo que el cómputo de la prescripción deberá efectuarse desde el 1 de enero del año sub-siguiente al vencimiento del plazo para presentar la declaración jurada anual, o a la fecha en que la obligación sea exigible, entre los otros supuestos que contiene el artículo 44, entonces, ¿el plazo realmente fue reducido a dos años o todo sigue como antes?

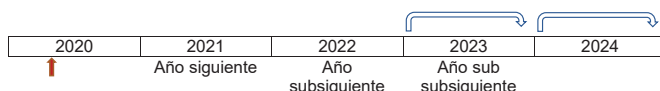
Veamos, antes de la modificación legislativa, una obligación exigible en mayo de 2020 prescribiría el 1 de enero de 2025, computado conforme a lo establecido en el literal a) de la Norma XII del Título Preliminar del Código Tributario, según la cual los plazos expresados en “años se cumplen en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente al día de inicio del plazo”. Si el plazo de 4 años se inició el 1 de enero de 2021 y no ocurre ninguna suspensión ni interrupción entonces debería prescribir el 1 de enero de 2025, término que por caer en día inhábil debe prorrogarse hasta el siguiente día hábil (Robles 2007, p. 211), tal como se muestra en la Figura 1.

Figura 1



Aplicando lo dispuesto en el caso de la hipotética modificación legislativa el esquema sería lo indicado en la Figura 2.

Figura 2



En ambos casos, antes de la modificación legislativa del ejemplo y después de ella el término final de prescripción sería el 1 de enero de 2025 ¿Cuál fue el plazo de prescripción en ambos casos? ¿cuatro años?, ¿dos años?, o ¿cuatro años y unos meses más?

El plazo de prescripción es el lapso de tiempo que tiene que transcurrir desde el momento inicial hasta el término final, ese lapso es cuatro años, más unos meses más. Cuatro años computados desde el 1 de enero del año siguiente, o dos años computados desde el 1 de enero del año sub-siguiente sólo son una técnica para determinar el término final, no son el plazo de prescripción. El plazo que tiene que transcurrir para que la obligación prescriba con frecuencia es mayor a la referida cantidad de años computado desde que la obligación es exigible.

3.2. El artículo 44 del Código Tributario sólo establece un referente temporal para computar el término final

Los numerales 1 al 6 del artículo 44 del Código Tributario establecen que el término prescriptorio, el término final, se computará desde el uno (1) de enero del año siguiente a aquel en que se produce el evento que el referido artículo ha elegido en cada uno de tales numerales como condicionante para ello. El caso contemplado en el numeral 7 es distinto, por esa razón lo trataremos en otro apartado.

El término inicial de la prescripción es la fecha del evento condicionante contenido en cada uno de los seis primeros numerales del artículo 44 del Código Tributario. Así, para los tributos de periodicidad anual, es la fecha en que vence el plazo para la presentación de la declaración jurada anual. Para los tributos de periodicidad mensual, la fecha en que la obligación es exigible. Para los tributos de realización inmediata, la fecha de nacimiento de la obligación. Para la imposición de sanciones, la fecha de comisión de la infracción o la fecha de su detección. Para presentar solicitudes de devolución o de compensación, la fecha en que se efectuó el pago indebido o pago en exceso, entre otros supuestos. Cada uno de tales supuestos son el momento inicial o término inicial de la prescripción. En cambio, el uno (1) de enero del año siguiente a tales fechas sólo es un momento referencial, para que sumándole la cantidad de años del plazo que corresponda sea 4, 6 o 10 años, se pueda determinar el término final.

En ese sentido, los plazos de prescripción tampoco son de 4, 6 o 10 años, sino que los plazos son mayores. Los plazos de 4, 6 o 10 años señalados en el artículo 43 del Código Tributario simplemente son plazos que deben ser sumados al momento referencial del 1 de enero del año siguiente para poder determinar el término final de la prescripción, con lo cual los plazos de prescripción son mayores a los referidos 4, 6 o 10 años.

3.3. ¿Cuál es la función de los artículos 43 y 44 del Código Tributario?

Lo que efectivamente regulan los artículos 43 y 44 del Código Tributario es el término



final de la prescripción. El momento en el que se extinguen las facultades del acreedor sujetas a prescripción. A partir del referido momento final, las facultades de determinación, cobro y sanción de la Administración Tributaria, o las facultades de solicitar la devolución o compensación por parte del contribuyente, no podrán ser ejercidas válidamente por falta de acción.

Por esa razón, es un error en el que incurre un gran sector de la doctrina y de la jurisprudencia, cuando señalan que el artículo 43 del Código Tributario establece los plazos de prescripción de 4, 6 y 10 años; por cuanto, el texto del referido artículo 43 no establece expresamente que las referidas cantidades de años sean plazos de prescripción, salvo su errado encabezado incorporado tardíamente al Código tributario, y por cuanto el referido artículo 43 debe interpretarse de manera sistemática con el artículo 44 del referido Código.

De la interpretación sistemática de las referidas disposiciones, se desprende que, en la mayoría de los casos, sino en todos ellos, entre el término inicial y el término final de prescripción, no existen 4, 6 y 10 años, sino plazos mayores, sea cuando menos en días o meses adicionales a las referidas cantidades de años. De tal manera que, los plazos efectivos de prescripción siempre son mayores a los 4, 6 y 10 años que señala el artículo 43. Ello se debe a que el referido artículo 43 conjuntamente con el artículo 44 no regulan el plazo de prescripción, sino el término final de prescripción, el cual debe ser computado de la forma que establece el artículo 44.

Lo que el Código Tributario efectivamente dispone es que determinadas acciones del fisco (determinar, cobrar y sancionar) y determinadas acciones del contribuyente (solicitar devolución o compensación) prescriben al acaecimiento del término prescriptorio. Es decir, tienen por término final a los 4, 6 y 10 años, computados de la forma señalada en el artículo 44, lo que a la postre arroja como consecuencia plazos mayores a los antes indicados. Interpretar lo contrario nos llevaría a sostener que hasta antes del uno (1) de enero del año siguiente, a que hace referencia el artículo 44, la Administración Tributaria no podría todavía determinar, cobrar, ni sancionar, puesto que aún no se iniciaría el cómputo del plazo prescriptorio, lo cual es insostenible.

Como sabemos el diseño del *iter* obligacional empleado en la relación jurídico tributaria tiene la siguiente estructura secuencial: primero nace la obligación, después se

determina la obligación, seguidamente ésta deviene en exigible, ante la falta de cumplimiento voluntario de la obligación líquida y determinada se ejercen las acciones coercitivas de cobro y finalmente la obligación se extingue. Ese diseño obligacional tiene incidencia en lo que a la prescripción tributaria se refiere, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la República, en el considerando 4.7. de la Casación No. 7525-2021-Lima, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de abril de 2023⁽²⁾. Veámos.

3.3.1. Nacimiento de la obligación tributaria

Consiste en el establecimiento de un vínculo jurídico entre quienes en adelante habrán de denominarse deudor y acreedor tributario. La obligación tributaria es una obligación legal, su fuente es la ley y jamás la voluntad privada. Por lo tanto, el referido vínculo obligacional nace por mandato de la ley en el momento del devengo que la ley establece y como consecuencia de haberse producido en la realidad económica y jurídica el hecho imponible descrito de manera abstracta, hipotética y general en el antecedente o supuesto de hecho de la norma jurídica, de manera que, al producirse su verificación, debe seguirse lógico jurídicamente la consecuencia legal de pagar el tributo.

Esa obligación que nace por mandato de la ley no nace determinada, ni cuantificada ni es una obligación líquida y exigible. Por lo tanto, en el momento del nacimiento de la obligación, aún no se sabe el monto al que asciende o ascenderá la deuda a que da lugar la referida obligación, puesto que como dice César García Novoa “lo que realmente nace con el hecho imponible es un derecho a determinar una deuda tributaria” (2011, p. 134) y no una deuda determinada. En ese sentido, “La obligación tributaria nace por definición ilíquida, porque la misma aparece determinada legalmente en una norma

(2) Según la Casación No. 7525-2021-LIMA, “(...) de acuerdo al diseño normativo de la norma aduanera y de la norma tributaria, se tiene que existen momentos claramente diferenciados: el primero es el nacimiento de la obligación tributaria aduanera; el segundo es la determinación de dicha obligación; el tercero es la exigibilidad de la referida obligación; y el cuarto es la extinción de la obligación tributaria aduanera, que se puede materializar mediante la prescripción. De esta forma, es claro que las facultades de determinar tributos y aplicar sanciones, y las de cobrarlas, no inician de forma simultánea, sino secuencial, una después de la otra; por lo que, siguiendo esa misma lógica jurídica, el inicio de los plazos prescriptorios de cada facultad debe entenderse de forma secuencial” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, 19 de enero de 2023).



general y abstracta, que no atiende, en su surgimiento, a la situación individual del deudor.” (García, 2011, p. 134)

3.3.2. Determinación de la obligación tributaria

Consiste en establecer quién debe, por qué tributo o concepto debe, cuánto debe y a qué periodo corresponde dicha deuda. La determinación de la obligación tributaria puede estar a cargo del deudor y por lo tanto ser una autodeterminación o estar a cargo de la Administración Tributaria y por ende tratarse de una determinación de oficio. La Administración también puede redeterminar (volver a determinar) previa fiscalización lo determinado por el contribuyente.

La ley fija un plazo para la determinación de la obligación. Vencido dicho plazo la deuda es exigible. Si el contribuyente determinó su obligación, presentó su correspondiente declaración jurada, pero no efectuó el pago, la Administración Tributaria podrá cobrar dicha deuda líquida y determinada girando la correspondiente orden de pago dentro del plazo de prescripción que empieza a correr desde que la deuda es exigible y vencerá 4 años más tarde computados desde el 1 de enero del año siguiente; es decir, prescribe 4 años y “n” meses más tarde. En caso el contribuyente no haya determinado ni declarado su obligación dentro del plazo de vencimiento, la Administración Tributaria podrá determinar dicha obligación incluyendo los intereses devengados desde la fecha de vencimiento hasta 6 años más tarde computados desde el 1 de enero del año siguiente, realizando para ello la correspondiente fiscalización tributaria que como se sabe concluye con la emisión de la correspondiente resolución de determinación.

3.3.3. Exigibilidad de la obligación tributaria

Es la condición que adopta la deuda tributaria autodeterminada por el contribuyente y no pagada dentro del plazo de vencimiento. Este término está fijado expresamente en la ley. A partir del vencimiento del referido término, la deuda tributaria es exigible. A partir de ese mismo momento, la deuda exigible devenga intereses moratorios durante el plazo que se mantenga impaga. Por lo tanto, siendo la deuda determinada, líquida y exigible el acreedor tiene la facultad de exigir su pago más los intereses moratorios correspondientes, girando para ello la correspondiente orden de pago. Mientras que por su lado el deudor tiene la obligación de cumplir con el pago pudiendo ser pasible de ejecución forzada.

En caso el deudor tributario haya autodeterminado su obligación e inclusive haya pagado la deuda dentro del plazo de vencimiento, la Administración Tributaria tiene la facultad de redeterminar lo autodeterminado por el contribuyente llevando a cabo el correspondiente procedimiento de fiscalización a efecto de comprobar el correcto cumplimiento de la obligación y de ser el caso cobrar mediante resolución de determinación las diferencias que pudiesen existir. Pero, en caso el deudor tributario no haya cumplido con su obligación

de autodeterminar la deuda, la Administración Tributaria puede determinar de oficio, girando en consecuencia las correspondientes resoluciones de determinación y de multa.

Ahora bien, es necesario distinguir entre la exigibilidad de la obligación, regulada en el artículo 3 del Código Tributario, que es a la que nos hemos referido en los párrafos anteriores, de la exigibilidad coactiva de la deuda ya determinada regulada en el artículo 115 del Código Tributario.

Una deuda deviene en exigible coactivamente cuando está determinada, es líquida, el plazo para su pago ha vencido y consta en un acto administrativo firme; es decir, han transcurrido los plazos establecidos para su impugnación sin que tales acciones se hayan ejercido o habiéndose ejercido tales procedimientos hayan concluido de manera adversa para el contribuyente. Por lo tanto, existiendo una deuda exigible coactivamente, la Administración Tributaria puede iniciar la cobranza coactiva de la deuda, notificando para ello la correspondiente resolución de ejecución coactiva y otorgando el plazo para su pago.

3.3.4. Extinción de la obligación tributaria

La extinción de la obligación tributaria es el fenecimiento del vínculo jurídico que une al deudor y al acreedor tributario. La referida extinción usualmente se produce con el pago de la deuda, que es la forma natural de extinción de la obligación tributaria. Además del pago existen otras formas de extinción de la obligación tributaria como la compensación o la condonación. Usualmente la extinción se produce después de vencido el plazo para su exigibilidad, pero también se puede producir antes de ese momento, siempre que la referida obligación haya sido previamente determinada y se cumpla voluntariamente, puesto que no es posible cumplir una obligación que no ha sido determinada, y no es líquida, ya que no se sabría cuánto, porqué, ni a quién pagar.

Ahora bien, el deudor está obligado a cumplir con el pago de la deuda insoluta hasta la fecha de vencimiento, momento a partir del cual deviene en exigible. Luego que la obligación es exigible el cobro puede



ser compulsivo y comprenderá además del tributo insoluto los intereses devengados.

Así, por ejemplo, la prescripción de los tributos de liquidación mensual empieza a computarse desde que la obligación es exigible, hecho que se puede producir en cualquier momento del ejercicio fiscal. Para que las acciones de la Administración Tributaria prescriban, debe necesariamente transcurrir el tiempo que va desde que la obligación es exigible hasta el 31 de diciembre de ese mismo año y a partir de entonces, 1 de enero del año siguiente, se deben sumar 4, 6 o 10 años más, según corresponda. Al término de ese plazo total se produce la prescripción. Por lo tanto, el inicio de la prescripción no es el 1 de enero del año siguiente, sino mucho antes cuando la obligación deviene en exigible. El plazo de prescripción tampoco es de 4, 6 o 10 años, sino siempre es un plazo mayor, puesto que el tiempo que se debe esperar entre que la obligación es exigible y el 31 de diciembre de ese año, no es un tiempo inexistente ni “un agujero de gusano” en el espacio estelar, sino un plazo que necesariamente debe transcurrir el cual sumado a los 4, 6 o 10 años nos dan como resultado un plazo mayor.

3.4. Inicio de la prescripción y razonamiento contrafáctico

En el supuesto contrafáctico de un sistema tributario en el que no existiese régimen de prescripción ni de caducidad de la obligación tributaria, la Administración Tributaria estaría facultada a determinar, cobrar y sancionar indefinidamente en el tiempo, hasta el momento que ella quisiese, puesto que no existiría ninguna restricción temporal para ello. Sin embargo, aun en ese improbable e injusto régimen, cabría preguntarse por el momento inicial a partir del cual la Administración Tributaria podría ejercer tales facultades. La respuesta a dicha pregunta es:

- a) Para los tributos de periodicidad anual desde que vence el plazo para la presentación de la declaración jurada anual.
- b) Para los tributos de periodicidad mensual desde la fecha en que la obligación es exigible.
- c) Para los tributos de realización inmediata desde la fecha de nacimiento de la obligación.
- d) Para la imposición de sanciones desde la fecha de comisión de la infracción o la fecha de su detección.
- e) Para la presentación de solicitudes de devolución o de compensación, desde la fecha en que se efectuó el pago indebido o pago en exceso, entre otros supuestos.

Dado los quebrantos a la seguridad jurídica, predictibilidad y justicia que inevitablemente se producirían en ese improbable escenario contrafáctico es de suponer que dicho régimen no tardaría en evolucionar jurídicamente estableciéndose más temprano que tarde un régimen de prescripción o de caducidad que garantice seguridad jurídica. Como en el supuesto contrafáctico, la Administración tendría facultades ilimitadas en el tiempo, lo que se requeriría sería delimitar temporalmente el

ejercicio de dichas facultades, poniéndole un límite final al ejercicio de las mismas, sea por prescripción o por caducidad. Es decir, fijando un límite temporal máximo o un término final. Otra forma de lograr ese mismo propósito sería estableciendo un plazo para el ejercicio de las referidas facultades.

Como es evidente el referido plazo empezaría a correr desde el momento en que la Administración pueda ejercer dichas facultades. Esto es, entre otros casos, desde cuando vence el plazo para presentar la declaración jurada anual, o desde cuando la obligación es exigible, siempre que la deuda haya sido determinada y sea líquida, ya que como dice César García Novoa “respecto a los derechos de crédito de contenido pecuniario, opera el principio *in illiquidis non fit praescriptio*” (2011, p. 132) con lo cual no puede iniciar la prescripción de deudas no líquidas, toda vez que la prescripción se inicia cuando el acreedor pudiendo ejercitar las acciones que el sistema le franquea no las realiza, de manera que la prescripción opera por omisión atribuible al acreedor, quien pudiendo accionar no lo hace.

Fijar un término referencial, como el 1 de enero del año siguiente a partir del cual se deba sumar una cantidad de años fijada en otro artículo, tiene el inevitable efecto de ampliar imperceptiblemente el plazo de prescripción más allá de la referida cantidad de años que se muestra como plazo de prescripción, con la ventaja para la Administración de disponer de mayor tiempo para ejercer sus acciones y adicionalmente mostrarse frente a los contribuyentes como si estuviesen sometidos a un plazo menor, algo que sin embargo, la realidad temporal lo desmiente tajantemente, pues el plazo de prescripción que necesariamente se debe esperar transcurra para que se configure la prescripción siempre será mayor a la referida cantidad de 4, 6 y 10 años.

Al efecto, cabe señalar que en el comentario al artículo 68 del Modelo de Código Tributario del CIAT del año 2015 se señala lo siguiente:

Existen países en los que el cómputo del plazo de prescripción se inicia a partir del 1 de enero del año siguiente de ocurridos los casos que



motivan la prescripción. Si bien la referida regla encierra en sí misma una extensión del plazo de prescripción [énfasis agregado], tiene la ventaja de facilitar el cómputo de ésta, por lo que se deja a criterio de las Administraciones Tributarias evaluar la conveniencia de su aplicación” (2015, p. 76).

La técnica legislativa empleada en la redacción del artículo 44 del Código Tributario tiene los siguientes propósitos:

- a) Uniformar el inicio del cómputo de la prescripción. Esta finalidad parte del supuesto que el inicio de la prescripción es el 1 de enero del año siguiente. Sin embargo, esta finalidad no resuelve ningún problema práctico ni facilita las labores de control de la Administración, debido a que cada una de las deudas es independiente de las demás, por lo que el hecho que inicien juntas o separadas es irrelevante, toda vez que cada una de tales obligaciones tendrán que ser fiscalizada por separado.
- b) Uniformizar el término final de la prescripción. De manera que se podría saber por anticipado que todas las deudas prescribirán el 31 de diciembre 4 años más tarde, pero este objetivo tampoco se logra dado que los plazos de prescripción son pasibles de interrupción y de suspensión, incluso más de una vez, con lo cual tales deudas ya no prescribirían en la fecha inicialmente prevista.
- c) Extender el plazo de prescripción más allá de los 4, 6 o 10 años. Esta es la única finalidad que siempre se cumple. Como lo señala el Modelo de Código del CIAT, esta técnica permite lograr una “extensión del plazo de prescripción”.

Ahora bien, la prescripción tiene tres elementos, inicio, cuerpo y término final⁽³⁾. Tanto el inicio como el término final son eventos que ocurren en un instante y se agotan inmediatamente una vez producidos. El cuerpo de la prescripción es un lapso o periodo que transcurre entre el momento inicial y final.

La prescripción tiene por propósito poner un límite final a las acciones que la Administración Tributaria puede ejercer desde la fecha de vencimiento para la presentación de la declaración jurada, o la fecha de exigibilidad de la obligación, entre otros casos. Así por ejemplo el Dr. Luis Hernández Berenguel señala respecto de un hipotético contribuyente que no declaró ni pagó el impuesto a la renta del ejercicio gravable 1989:

Estrictamente y de acuerdo a la naturaleza jurídica de la prescripción y a las normas del Código Tributario, la obligación resultaba exigible desde el 1° de abril de 1990, día siguiente al vencimiento del plazo legal para la presentación de la declaración jurada y para el pago del tributo. Vale decir que desde el 1° de abril de 1990 el órgano administrador del tributo ya estaba en condiciones de accionar contra el deudor empezando por la determinación de la obligación y, por lo tanto, desde esa fecha

debía empezar a correr el término prescriptorio [énfasis agregado]” (1992, p. 30).

En consecuencia, el momento inicial de la prescripción es aquel momento señalado en cada uno de los incisos del artículo 44 del Código Tributario anterior al 1 de enero. Por lo tanto, el legislador al establecer los elementos de la prescripción, a lo sumo puede:

- Fijar el cuerpo del plazo y el término final.
- Fijar solo el cuerpo del plazo. El término final se deduce pues coincidirá con el vencimiento del cuerpo.
- Fijar el momento inicial y sobre todo el término final. El cuerpo del plazo se deduce y coincidirá con el lapso de tiempo que transcurra hasta el acaecimiento del término final.

Este último es el modelo seguido por el Código Tributario peruano, con un detalle particular referido a la forma de cómputo de ese término final que se determina sumando una cierta cantidad de años al 1 de enero del año siguiente.

En opinión del Tribunal Fiscal vertida en la RTF 09789-4-2017, calificada como Jurisprudencia de Observancia Obligatoria, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de noviembre de 2017, se señala que “la duración del cuerpo del plazo [de prescripción] ha sido prevista por el artículo 43° del Código Tributario mientras que el inicio del cómputo ha sido regulado por el 44°. Una vez que se produce el inicio, el cuerpo del plazo o iter empieza a correr”.

No compartimos el parecer del referido criterio jurisprudencial. En nuestra opinión, el artículo 43 del Código Tributario no establece el plazo o cuerpo de la prescripción y el 1 de enero del año siguiente a que hace referencia el artículo 44 del mismo cuerpo normativo tampoco constituye el inicio de la prescripción.

Como señalamos antes, la prescripción se inicia en ese momento anterior al 1 de enero a que se refiere cada uno de los incisos del

(3) La Resolución del Tribunal Fiscal 09789-4-2017 menciona: “En relación con el inicio del cómputo del plazo, PINILLA GALVIS explica que el plazo está constituido por el momento de inicio o dies a quo, por el momento de finalización o término o dies ad quem y por el cuerpo del plazo, que constituye el lapso o momento que transcurre entre cada uno de los dos extremos referidos” (2017).



artículo 44 del Código Tributario. El término final se determinará sumando al plazo ya transcurrido desde la fecha de inicio hasta el 31 de diciembre de ese mismo año, los 4, 6 o 10 años adicionales, según corresponda, contados a partir del 1 de enero del año siguiente a la fecha en que venza el plazo para presentar la declaración jurada anual, o desde que la obligación sea exigible, o desde que nazca la obligación, etc.

En consecuencia, el término final se determinará computando una cantidad de años (4, 6 o 10 años) contados desde un momento fijado como punto uniforme de referencia, en nuestro caso el 1 de enero del año siguiente, sin que el mencionado referente temporal sea el momento de inicio de la prescripción, sino un momento posterior, que sólo tiene por propósito “facilitar las labores de la Administración” en el cómputo de la prescripción (Aguayo, 2021, p. 19); toda vez que la disposición contenida en el artículo 44 del Código Tributario “sólo se explica por comodidad de la Administración Tributaria que de esa manera sabe que el término prescriptorio siempre va a operar el 31 de diciembre de cada año y de esa forma puede programar mejor sus fiscalizaciones” (Hernández, 1992, p. 30)

Por lo tanto, el artículo 44 del Código Tributario no fija el inicio del término prescriptorio en el 1 de enero del año siguiente. El artículo 44 del Código Tributario literalmente señala “El término prescriptorio se computará: (...)”. De manera que, el artículo 44 señala el término final de la misma y no podría ser de otra manera; puesto que no podemos hacer “como si no existiera tiempo alguno entre la fecha del momento inicial, por ejemplo, la fecha en que la obligación resultó exigible y ese primero de enero” (Hernández, 1992, p. 30), plazo éste en el que la Administración Tributaria puede ejercer sus facultades de determinar, cobrar y sancionar, como de hecho las ejerce.

En consecuencia, el plazo computado entre la fecha inicial y el 31 de diciembre de ese mismo año es un plazo real y existente que necesariamente debe transcurrir para poder llegar al término final; de tal manera que, ese plazo forma parte del cuerpo o íter del plazo total de prescripción, tal como lo define el Tribunal Fiscal en la RTF 09789-4-2017 antes citada, según la cual el plazo o íter “es el transcurso del tiempo necesario para que se cumpla el plazo y el término final”. De tal manera que el plazo existente, por ejemplo, entre que la obligación es exigible y el 31 de diciembre de ese mismo año forma parte del cuerpo o *íter* del plazo de prescripción. En consecuencia, queda plenamente demostrado que el inicio del plazo de la prescripción, denominado también *dies a quo* no es el 1 de enero del año siguiente, sino la fecha de cada uno de los supuestos previstos en los primeros seis numerales del artículo 44.

Ahora bien, el cuerpo del plazo de prescripción está dado por el lapso temporal que se debe esperar transcurra desde el inicio hasta que se produzca el término final. ¿En nuestro caso sólo esperamos desde el 1 de enero del año siguiente

hasta el 1 de enero siguiente al cuarto año?, y ¿qué ocurre entonces con el lapso que transcurre entre la fecha inicial ya sea esta la de la exigibilidad de la obligación o de la comisión de la infracción y el 31 de diciembre de ese año? ¿este no es también un plazo que se debe esperar transcurra para poder completar el íntegro del plazo de prescripción y llegar al término final? ¿éste plazo no existe o acaso es atemporal? Por su puesto que ese plazo existe es real y necesariamente se debe esperar transcurra para llegar al término final.

En consecuencia, el plazo que realmente se debe esperar transcurra para que las acciones referidas a la obligación tributaria prescriban está dado por el plazo comprendido entre la fecha inicial sea de exigibilidad de la obligación, de vencimiento del plazo para presentar la declaración jurada anual, de comisión de la infracción, etc., y el 31 de diciembre de ese año más el plazo de 4, 6 o 10 años que se deben sumar desde el 1 de enero del año siguiente. Por lo tanto, el verdadero plazo de prescripción siempre o casi siempre es mayor que 4, 6 o 10 años.

Asimismo, el plazo de prescripción o cuerpo de la prescripción es el lapso o intervalo que transcurre entre el término inicial (*dies a quo*), momento en que la obligación es exigible, vence el plazo para presentar la declaración jurada anual, fecha de comisión de la infracción, entre otros, y el término final (*dies ad quem*), momento en que concluye el cómputo de la prescripción. Los referidos plazos respecto de las facultades de la Administración Tributaria siempre son mayores a los 4, 6 y 10 años a que hace referencia el artículo 43 del Código Tributario, computándose de la forma que establece el artículo 44; esto es, “desde el uno (1) de enero del año siguiente”, por cuanto esa forma de cómputo empieza mucho después de que la obligación es exigible.

En conclusión, los plazos en los que prescriben las tres facultades de la Administración Tributaria: (i) determinar la obligación tributaria, (ii) exigir el pago de la deuda tributaria e (iii) imponer sanciones por infracciones tributarias, siempre son mayores a los 4, 6 y 10 años, señalados en el artículo 43.



3.5. Inicio del cómputo del término para exigir el pago

El numeral 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, vigente a partir del 28 de setiembre de 2012, estableció que el cómputo del plazo de prescripción para exigir el pago de la deuda tributaria contenida en Resoluciones de Determinación o de Multa, empieza a computarse a partir del día siguiente de realizada la notificación de los referidos valores.

La innovación legislativa en comentario se sustenta en el argumento contenido en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1113, conforme al cual se sostuvo que

No cabe exigir el pago de una deuda tributaria que previamente no se ha determinado, siendo recién con la notificación de la resolución de determinación que se agota la acción de la Administración para determinar la obligación tributaria y, por tanto, debe iniciarse el término prescriptivo de la acción que pueda ejercer la Administración para exigir el pago de la deuda contenida en dicha resolución de determinación.

Según lo señalado en la referida exposición de motivos, la modificación legislativa tenía por propósito corregir una supuesta inconsistencia advertida en el artículo 45 del Código Tributario. Conforme a lo establecido en el inciso a) del numeral 2) del referido artículo 45, la prescripción para cobrar la deuda tributaria se interrumpía por la notificación de la orden de pago, resolución de determinación o resolución de multa, reiniciándose un nuevo plazo prescriptivo. Entonces el perspicaz legislador del 2012 advirtió un problema lógico y teórico ¿Cómo podía haberse iniciado la prescripción para cobrar la deuda y estar corriendo el plazo prescriptivo si la deuda no había sido determinada? ¿No sería mejor que primero se determine la deuda y luego se inicie el plazo de prescripción para su cobro? Por consiguiente, el legislador del 2012 resuelve el referido problema lógico, disponiendo que el plazo para cobrar se inicie con la notificación de la Resolución de Determinación. Correlativamente deroga la causal de interrupción consistente en la notificación de la Resolución de Determinación, pues carece de sentido una causal de interrupción para un plazo inoficioso o inútil, pero lo que realmente deroga es el inicio simultáneo de la prescripción de las acciones para determinar, cobrar y sancionar; de tal manera que a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1113 ya no hay un inicio simultáneo de dichas facultades, sino un inicio secuencial, primero se determina, después se cobra.

Sin embargo, el referido Decreto Legislativo 1113 no dijo nada respecto de aquellas prescripciones para cobrar que ya habían iniciado previa y simultáneamente con las otras dos facultades y venían corriendo, las mismas que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113 no serían interrumpidas con la notificación de la Resolución de Determinación, debido a que dicha causal de interrupción fue derogada por el mismo Decreto Legislativo, habiéndose producido en buena cuenta

una laguna jurídica sobre tales prescripciones ya iniciadas.

El legislador del 2012 resolvió legislativamente un supuesto problema lógico y teórico y creo en su lugar un enorme problema práctico, pues las prescripciones iniciadas antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1113 no serían interrumpidas con la notificación de la Resolución de Determinación. Asimismo, a los referidos casos tampoco les sería de aplicación la nueva normativa incorporada como numeral 7) del artículo 44 del Código Tributario, que dispone el inicio de la prescripción para exigir el pago a partir de la notificación de la Resolución de Determinación, pues para esos casos anteriores los plazos de prescripción ya se habían iniciado con anterioridad y venían corriendo, tanto así que existía una causal para interrumpirlos y como es lógico los plazos no pueden tener dos inicios, aun cuando se pueden reiniciar, pero el legislador no estableció esta posibilidad. Es decir, el legislador del 2012, lejos de traer alguna solución creó un enorme problema que ha durado más de una década.

Hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1113, la prescripción de las tres acciones de la Administración Tributaria tenía un mismo inicio y corrían simultáneamente y en paralelo. Lo dispuesto en el inciso a) numeral 2) del artículo 45 del Código Tributario lo señalaba expresamente, pues solo se puede interrumpir un plazo que está corriendo y un plazo solo puede estar corriendo luego de haberse iniciado. Ergo, la prescripción se había iniciado previamente, estaba corriendo y con la notificación de la Resolución de Determinación se interrumpía. El hecho que la prescripción para cobrar este corriendo “inútilmente” mientras no se haya determinado la obligación y sea notificada la Resolución de Determinación no era ningún problema práctico, por cuanto esa notificación era causal de interrupción, luego de producida la referida causal el término se reiniciaba, dando una solución práctica a la situación.

Por otro lado, el Decreto Legislativo 1113 solo ha establecido reglas sobre, cuándo empieza el plazo de prescripción para exigir el pago de la deuda determinada mediante Resolución de Determinación, pero no ha dicho cuándo empieza el plazo para cobrar



mediante Orden de Pago la deuda autodeterminada por el contribuyente. Sin embargo, la notificación de la orden de pago sigue siendo causal de interrupción de la prescripción, lo que indica que su prescripción venía corriendo desde la fecha de su exigibilidad.

En consecuencia, todo sigue como antes: la prescripción de las tres acciones de la Administración Tributaria, determinar, cobrar y sancionar se inician simultáneamente y corren en paralelo. En un primer tramo se puede cobrar mediante orden de pago lo autodeterminado. El plazo de prescripción para hacerlo es el que viene corriendo conjuntamente con el plazo para ejercer las otras dos facultades. Luego de determinada la deuda por parte de la Administración Tributaria se inicia o reinicia el plazo de prescripción para cobrar lo determinado mediante Resolución de Determinación. Así ocurrió antes y así viene ocurriendo ahora, salvo el exabrupto producido por el Decreto Legislativo 1113.

4. Conclusiones

- La prescripción tiene tres elementos: inicio, plazo y término final.
- El inicio de la prescripción para los tributos de periodicidad anual es la fecha de vencimiento para la presentación de la declaración jurada. Para los tributos de liquidación mensual la fecha de exigibilidad de la obligación. Para los tributos de realización inmediata la fecha de nacimiento de la obligación. Para la imposición de sanciones la fecha de comisión de la infracción. El 1 de enero del año siguiente a que hace referencia el artículo 44 del Código Tributario sólo es un momento referencial para a partir de allí sumar 4, 6 o 10 años, según corresponda, para establecer el término final.
- El plazo de prescripción siempre es mayor a los 4, 6 o 10 años a que hace referencia el artículo 43 del Código Tributario, por cuanto el plazo que debe transcurrir para alcanzar el término final es aquel que resulta de sumar el plazo que transcurre entre el momento inicial y el 31 de diciembre de ese mismo año, más los 4, 6 o 10 años, según corresponda, contados desde el 1 de enero del año siguiente.
- El artículo 43 del Código Tributario no establece el plazo de prescripción, sino un plazo legal que debe ser sumado al 1 de enero del año siguiente a efecto que el término final de la prescripción coincida con el 1 de enero siguiente al cuarto, sexto o décimo año computado a partir del 1 de enero del año siguiente.
- El artículo 44 del Código Tributario establece el inicio de la prescripción, pero éste no es el 1 de enero del año siguiente, sino que el inicio es el momento previo al 1 de enero y que le sirve de referencia.
- La técnica legislativa empleada en la formulación de los artículos 43 y 44 del Código Tributario tiene por propósito ampliar el plazo de prescripción bajo la apariencia de fijarlos tan solo en 4, 6 y 10 años, con la justificación de uniformizar su término final, en el sentido que este debe coincidir con el 1 de enero siguiente del cuarto, sexto o décimo año, facilitando las labores de control de la Administración Tributaria.

Referencias bibliográficas

- Aguayo, J. (2019). *Puntos críticos en la prescripción tributaria que recae sobre la determinación de la obligación tributaria realizada por la Administración* [Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/items/83ac3dbe-de64-43ff-b3c3-1dd4ca83bb39>
- Aguayo, J. (2021). La prescripción tributaria de las acciones de la administración para exigir el pago, determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones. Revisión crítica y breves reflexiones. *Revista Derecho & Sociedad*, (56), 1-43. <https://doi.org/10.18800/dys.202101.001>
- Ataliba, G. (1987). *Hipótesis de incidencia tributaria*. IPDT.
- Bardales, P. (2023). *Irretroactividad de las normas, seguridad jurídica y prescripción en materia tributaria*. Ernest & Young Consultores. https://www.ey.com/es_pe/tax/libro-irretroactividad-normas-materia-tributaria
- Bravo, J. (2022). La obligación y notificación tributaria en el proceso tributario. En D. Yacolca (Coord.), *Procesal tributario* (pp.195-231). Instituto pacífico.
- Casación No. 7525-2021-Lima (19 de enero de 2023). Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria.
- Decreto Legislativo 773 [Poder Ejecutivo]. Decreto Legislativo que aprueba un nuevo Código Tributario que contiene un Título Preliminar con quince (15) normas, Cuatro Libros, ciento noventa y dos artículos y Dos Disposiciones Transitorias y Finales. 30 de diciembre de 1993.
- Decreto Legislativo 816 [Poder Ejecutivo]. Decreto Legislativo que aprueba el Código Tributario. 21 de abril de 1996.
- Decreto Legislativo 1113 [Poder Ejecutivo]. Decreto Legislativo que modifica el Texto Único Ordenado del Código Tributario. 05 de julio de 2012.



Decreto Legislativo 769 [Poder Ejecutivo]. Decreto Legislativo que mediante delegación de facultades legislativas conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley 25381, Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público para 1992, sustituyó el Título Preliminar y el Libro Primero - De la Obligación Tributaria del Código Tributario - Principios Generales. 31 de marzo de 1992.

Del Busto, J. (1988). Ética tributaria. *Themis Revista de Derecho*, (12), 10-15. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9295>

Duran, L. & Arbierto, H. (2020). La prescripción de la acción de la administración tributaria para exigir el cobro de la deuda tributaria: ¿es inconstitucional el Decreto Legislativo 1421?. *Themis-Revista de derecho*, (76), 129-144. <https://doi.org/10.18800/themis.201902.007>

García, C. (2011). *Iniciación interrupción y cómputo del plazo de prescripción de los tributos*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Hernández, L. (1992). La prescripción y la caducidad. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 1(22), 19-36. https://www.ipdt.org/uploads/docs/02_Rev22_LHB.pdf

Huamaní, R. (2019). *Código Tributario Comentado* (Tomo I). Jurista Editores.

Medrano, H. (2005). Límites a la fiscalización: prescripción e intangibilidad de las acotaciones notificadas. *Revista Ius Et Veritas*, 15(31), 15-28. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12406>

Resolución 09789-4-2017 [Tribunal Fiscal]. 7 de noviembre de 2017.

Robles, C. (2007) El Cómputo de plazos en materia tributaria, a propósito de la Norma XII del Título Preliminar del Código Tributario. *Foro Jurídico*, (7), 209-215. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18475>

Ruiz, F. (2021). *Derecho tributario peruano. Principios y fundamentos* (Vol. 1). Palestra Editores.

Sevillano, S. (2019). *Lecciones de derecho tributario. Principios generales y Código Tributario*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



O regime jurídico aplicável ao ato ilícito lucrativo: entre Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa^(*)

The legal regime applicable to illicit profitable acts: between Tort Law and Unjust Enrichment

Thalles Ricardo Alciati Valim^()**

Universidade do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte, Brasil)

Gabriel Ribeiro dos Santos^(*)**

Universidade do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte, Brasil)

Resumo: Busca-se identificar o enquadramento conceitual adequado para o ato ilícito lucrativo, entendido como aquele do qual o ofensor extrai vantagens que superam a própria dimensão da obrigação de indenizar. Para isso, estudam-se os campos da Responsabilidade Civil e do enriquecimento sem causa, antevistos como candidatos para a incidência jurídica sobre o fenômeno. Percebe-se que a estrutura do regime da Responsabilidade Civil é inapta para a tarefa perseguida, pois a obrigação de indenizar tem outra finalidade: a de reparação de danos. Por outro lado, o reconhecimento de figuras parcelares de enriquecimento sem causa (em especial, o enriquecimento por intervenção) podem vir a servir para que, mediante obrigação de restituir, retirem-se as vantagens econômicas auferidas pelo ofensor em virtude da conduta reprovável.

Palavras-chave: Função punitiva da Responsabilidade Civil - Danos extrapatrimoniais - Ato ilícito lucrativo - Enriquecimento por intervenção - Enriquecimento sem causa - Figuras parcelares do enriquecimento sem causa

Abstract: This paper aims to identify the appropriate conceptual framework for illicit profitable acts, understood as those from which the wrongdoer derives advantages that exceed the mere dimension of the obligation to compensate. To do so, the fields of Tort Law and Unjust Enrichment are studied, both of which are considered candidates for legal application. It becomes evident that Tort Law's structure is inadequate for the pursued task, as the purpose of compensation is different: it serves to repair damage. On the other hand, recognizing partial forms of unjust enrichment (especially enrichment through intervention) may serve to require the wrongdoer to restitute the economic benefits obtained due to reprehensible conduct.

Keywords: Tort Law's punitive function - Non-pecuniary damages - Illicit profitable acts - Unjust enrichment through intervention - Unjust enrichment - Types of unjust enrichment

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 13 de agosto de 2024 y su publicación fue aprobada el 20 de noviembre de 2024.

(**) Advogado do Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo, Brasil) e Universidade Jean Monnet (Saint Étienne, França). Mestre em Droit et Pratique des Contrats pela Université de Lyon - Lumière II. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor e Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade do Estado de Minas Gerais. Líder do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos em Responsabilidade Civil (NERC). Membro da Associação Mineira de Professores de Direito Civil (AMPDIC). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6962-9777>. Correio eletrônico: thalles.valim@uemg.br.

(***) Advogado pela Universidade do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte, Brasil). Membro do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos em Responsabilidade Civil (NERC). ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-4868-1181>. Correio eletrônico: gabriel06grs@gmail.com.



1. Introdução

O ato ilícito lucrativo é figura que vem recebendo recentemente a atenção dos juristas brasileiros, supostamente devido ao fato de não haver mecanismos eficientes, até o momento, para o seu combate; pelo menos, não no campo jurídico.

Conceitua-se o ato ilícito lucrativo como sendo aquele cujo agente pratica movido pela análise utilitarista de que os custos envolvidos com a consumação do ato – e, particularmente, a indenização – não ultrapassam os benefícios obtidos. Há, portanto, antes da prática do ilícito lucrativo, uma ponderação das consequências, prejudiciais e benéficas ao agente, e que apontam para um saldo positivo.

Esse saldo positivo estimularia a prática de atos *a priori* indesejáveis pela sociedade e, em particular, pelo ordenamento jurídico, vez que os instrumentos jurídicos tradicionais de combate ao ato ilícito não seriam eficazes para coibi-lo. Numa análise de custos e benefícios, as vantagens advindas de um ato ilícito poderiam estimular a sua prática. Pense-se na hipótese em que a indenização, restrita à extensão dos danos efetivamente suportados pela vítima (Código Civil, art. 944, caput) corresponda a quantia inferior à totalidade das vantagens extraídas pelo agente responsável.

Assim, argumenta-se, de um lado, que a Responsabilidade Civil, em sua clássica função compensatória, ao se pautar pela extensão do dano, estabelecida no artigo 944 do Código Civil, não permitiria que a obrigação de indenizar ultrapassasse o limite legal. Em outras palavras, restringindo-se a indenização aos danos suportados pela vítima, o agente teria para si as vantagens advindas da conduta ilícita, com a consequente mensagem de que o “ato ilícito compensa”.

Diante desse impasse, algumas vozes se erguem em favor de uma redefinição das funções desempenhadas pela Responsabilidade Civil, propugnando o reconhecimento de funções punitivo-preventiva no sub-ramo em questão. Essa redefinição importaria, ainda, em um redesenho da própria estrutura da Responsabilidade Civil, de sorte a abrigar em seu bojo não apenas o dano, em sua definição clássica, entendido como lesão a um direito subjetivo, mas, ainda, hipóteses de sanções punitivas, inspiradas em experiências havidas em outros países, notadamente aqueles pertencentes aos países de matriz Common Law. Está-se a falar, precisamente, das figuras dos *exemplary and punitive damages*, importadas para

o cenário brasileiro sob a alcunha de “danos punitivos” ou “indenização punitiva”.

A admissão do “dano punitivo”, no sistema brasileiro de Responsabilidade Civil, serviria, para essas mesmas vozes, como remédio contra o ilícito lucrativo, uma vez que permitiria retirar as vantagens obtidas pelo agente com a prática do ato danoso⁽¹⁾.

É de se registrar, contudo, que o reconhecimento de funções punitiva e preventiva (*deterrence*) na Responsabilidade Civil, com vistas a resolver um problema particular, pode levar a consequências para além do âmbito esperado. A uma, pelo fato de a importação de elementos punitivos não vir acompanhada das garantias fundamentais previstas contra o poder punitivo (*ius puniendi*) e aplicadas no domínio do Direito Penal, sobretudo o princípio da legalidade estrita (*nullum crimen nulla poena sine lege*), da proporcionalidade das penas e da proibição de responsabilidade penal objetiva. A duas, em virtude de a função punitiva ter potencial de contaminar hipóteses tradicionais de danos, inserindo em seu âmago um elemento estranho, capaz de conceder, ao juiz ou a outra qualquer autoridade adjudicante, o poder de elevar o quantum indenizatório, sem se limitar à extensão efetiva do dano, em afronta ao princípio da reparação integral (*tout le dommage, rien que le dommage*; em português, “todo o dano, mas nada além do dano”).

Essa contaminação já se faz presente na jurisprudência brasileira, particularmente no âmbito dos danos extrapatrimoniais e coletivos⁽²⁾. Com efeito, pululam decisões judiciais que reconhecem, como uma das funções da indenização atribuída a título de danos morais, um caráter punitivo-dissuasório, apto a justificar a utilização de certos critérios para a apuração do montante da indenização e que dizem respeito mais à conduta do agente do que à extensão das

(1) A tese parece ter sido importada de autores franceses e italianos. A título de exemplo, na doutrina italiana, ver «¿Daños punitivos en Italia?» de Paolo Gallo (2000, p. 39). Em França, exemplificativamente, ver “Droit de la Responsabilité et des Contrats: régimes d’indemnisation”, de Philippe LeTourneau (2021, p. 803).

(2) Na doutrina, é possível encontrar também vozes a favor da função punitiva na Responsabilidade Civil, através do reconhecimento de supostamente novas espécies de dano, especialmente o dano social. A título de exemplo, ver “Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”, de Antonio Junqueira de Azevedo (2009, p. 382); “Dano Social: Reparação, Aspectos Processuais e Destinação”, de Yuri Fisberg (2021, p. 223) y “O dano social”, de Fabrício Angerami Poli (2014, p. 210).



consequências prejudiciais suportadas pela vítima; a título de exemplo: (i) o grau de culpa do agente; (ii) a situação patrimonial do agente; e (iii) a gravidade da conduta. No Recurso Especial 880.349, o Superior Tribunal de Justiça considerou ser possível a majoração de indenização com a dupla finalidade de “punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar satisfatoriamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos” (Superior Tribunal de Justiça, 2007).

Do mesmo modo, o reconhecimento da existência de danos dispersos e difusos, atingindo um sem-número de indivíduos e espalhando-se por gerações futuras importou no reconhecimento das categorias dos danos individuais homogêneos, difusos e coletivos. A censurabilidade das condutas causadoras de ditos danos, especialmente por afetarem bens de notável interesse coletivo, como meio ambiente e saúde, conduziu o Superior Tribunal de Justiça a afirmar, certa feita, que os danos coletivos teriam caráter eminentemente punitivo. A esse respeito, conforme se infere do entendimento emitido pelo Recurso Especial 1.303.014/RS, vale a pena a transcrição de parte do voto do ministro relator Luis Felipe Salomão: “condenação por dano moral coletivo difere do dano moral a título individual, configurando sanção pecuniária, de caráter eminentemente punitivo, em face de infração a direitos coletivos ou difusos” (Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Indaga-se, entretanto, se seria preciso chegar ao extremo de romper com as bases que alicerçam a Responsabilidade Civil para a resolução do problema do ilícito lucrativo. Isso porque, sem dúvida, os efeitos indesejáveis apontados acima poderiam levar a uma ruptura do sistema que não serviria mais, sequer, para a reparação do dano de fato existente. E isso não é pouca coisa. Reconhecer os limites da Responsabilidade Civil e as suas potencialidades é, também, admissão da falibilidade humana, que não consegue tudo prevenir. Em última medida, há danos que são inevitáveis e que devem ser reparados ou compensados. Para tanto, a Responsabilidade Civil deve manter-se em bases dogmáticas firmes.

Com essa constatação em mente, o presente artigo pretende dedicar-se ao fenômeno do ato ilícito lucrativo, buscando enquadrá-lo conceitualmente dentro do Direito Privado, sem partir, necessariamente, da premissa —muitas vezes aceita— de que a Responsabilidade Civil seria o campo adequado para o seu tratamento.

Em uma análise preliminar, é possível pelo menos cogitar que o instituto do enriquecimento sem causa possa ser ferramenta

tão eficiente quanto a Responsabilidade Civil, senão melhor, para a neutralização das consequências benéficas extraídas do ato ilícito praticado pelo agente. De fato, um dos subtipos de enriquecimento sem causa, a saber, o do “enriquecimento por intervenção” parece apto a incidir sobre a hipótese de ilícito lucrativo.

Diante dessas premissas, a análise pretendida desdobra-se em três partes. Em um primeiro momento, busca-se verificar se a função punitiva é possível de ser incorporada à Responsabilidade Civil e se a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) é compatível com os fundamentos desse sub-ramo jurídico. Em etapa posterior, investigam-se as potencialidades do enriquecimento sem causa para o tratamento jurídico do ilícito lucrativo. Por fim, diante da perspectiva de uma possível reforma do Código Civil brasileiro, são estudadas as propostas que podem repercutir no tema objeto do presente artigo.

2. Vigiar e punir na Responsabilidade Civil

2.1. A incorporação da função punitivo-preventiva à Responsabilidade Civil

De maneira tradicional, entende-se que o papel da responsabilidade civil é o de conceder indenização (desfazer o dano), com o objetivo de posicionar a vítima em situação que estaria atualmente se não tivesse experimentado qualquer dano. Em seu conceito, está implícita a obrigação de reparar as esferas patrimonial e extrapatrimonial da pessoa que foi prejudicada.

Etimologicamente, o termo “responsabilidade” liga-se, inevitavelmente, à obrigação de indenizar, visto que remete ao conceito de devedor, pois se desenvolveu a partir do vocábulo latino *spondere*, que significava “prometer”⁽³⁾.

No contexto do Direito brasileiro, a noção de ato ilícito é explicitamente delineada pela Responsabilidade Civil, conforme os artigos

(3) *Respondere* por sua vez reenvia-nos a *sponsio*, instituto que possuía lugar fundamental no direito romano arcaico — e a *spondere* (daí *sponsus*, esposo, noivo). O *Sponsor* é um devedor; o homem que no diálogo da “estipulante”, futuro credor, vincula-se a uma prestação; por exemplo, com sua esposa, a convolar núpcias. O *responsor* era especialmente a garantia; em outras palavras, ele era obrigado a responder pela dívida principal de outrem (Villey, 2005, p. 136).



186 e 927, ambos do Código Civil de 2002. Na definição do art. 186, especificamente, percebe-se que a violação de um direito, por dolo ou culpa, com o consequente surgimento de um prejuízo, caracteriza-se como ato ilícito. Contudo, é importante destacar que não basta meramente a transgressão de normas jurídicas para imputar responsabilidade civil ao infrator. São premissas diversas das conhecidas por outras áreas do Direito, como as do Penal e Administrativo. Assim, no âmbito civil, o ato ilícito não é equivalente a qualquer comportamento contrário à lei em geral. O prejuízo é o componente central da definição de ato ilícito, sendo que, na sua ausência, não se estabelece a necessidade de indenização. O artigo 927, do Código Civil, define o ato ilícito como condição essencial para a existência da obrigação de indenizar. Em outras palavras, sem ato ilícito não há dever de indenizar, assim como não existe ato ilícito sem a ocorrência de prejuízo.

Verdade é que nem sempre esses foram os fundamentos da Responsabilidade Civil. Nas sociedades da Antiguidade, a vingança era o aspecto preponderante. As respostas jurídicas aos atos ilícitos eram marcadas por retaliações severas e atitudes vingativas. A pessoa responsável por causar um dano estava sujeita a enfrentar represálias equivalentes à gravidade de sua ação, manifestadas por meio de atos violentos e perseguição (Martins-Costa & Pargendler, 2005, p. 17). Mas a função reparatória já vinha surgindo em determinações esparsas. Tanto a Lei das Doze Tábulas (de cerca de 350 a.C.) quanto o Código de Hamurabi (de cerca de 1736-1868 a.C.) contêm previsões de obrigação de indenizar⁽⁴⁾.

Ocorreu, contudo, a progressiva sedimentação da função reparatória, com a consequente perda de qualquer viés punitivo na seara da Responsabilidade Civil. Se, por um lado, o aspecto punitivo da Responsabilidade Civil não é novo; por outro, a sua reinserção vai na contramão da tendência de se estremarem os fundamentos jurídicos daquela sub-área e do Direito Penal. A reestruturação da Responsabilidade Civil, partindo-se de um modelo de tipicidade fechada de condutas ilícitas para outro aberto e fundado numa cláusula geral de reparação de danos, apresentaria diversos obstáculos a reincorporação da função punitiva.

Em um modelo aberto de reparação, a reintrodução da função punitiva seria inconveniente, pois não se garantiria a segurança jurídica necessária na cominação de penas, de acordo com o princípio *nullum crimen nulla pena sine lege*. O afastamento da Responsabilidade Civil em relação

a um sistema de tipificação de ilícitos e a consequente adoção de uma cláusula geral permitiram que o sub-ramo se tornasse mais flexível, quando comparada ao Direito Penal. Por essa razão, seu campo de incidência tornou-se muito mais vasto do que o desse último (Carrá, 2014, pp. 16-17).

A comparação com os ordenamentos pertencentes à matriz *Common Law* é imprópria precisamente pela distinta estrutura do regime jurídico de Responsabilidade Civil, visto que, nesses países, a tipificação dos atos ilícitos ainda está presente, razão pela qual o sub-ramo jurídico em questão é intitulado *Law of Torts*, dado o foco nos *torts* (isto é, condutas ilícitas), em detrimento da reparação por si só.

O argumento de que a adoção da função punitiva contribuiria para um princípio de primazia da vítima, em detrimento do ofensor, também não convence. Os proponentes da função preventiva defendem que a Responsabilidade Civil deve priorizar a aplicação dessa função em detrimento da função reparatória, com a finalidade de se garantir a proteção do indivíduo, transcendendo a mera compensação por danos, com as consequentes despatrimonialização e personalização do Direito Civil (Jereissati & Menezes, 2016, pp. 230-231). Mas o efeito obtido é diametralmente oposto ao desejado. Ao invés de se verificar os prejuízos e as necessidades da vítima do ato ilícito, preocupa-se com o ofensor e a reiteração da conduta indesejável. Ao contrário, uma proposta que se pretenda zelosa da vítima deve reconhecer a função reparatória como principal (Moraes, 2006, p. 245.).

Por fim, há ainda o argumento do desestímulo à reiteração de condutas indesejáveis, fundado na Análise Econômica do Direito. De acordo com essa perspectiva, a estrutura exclusivamente reparatória da Responsabilidade Civil permitiria aos agentes a realização de um cálculo utilitarista que, em

(4) Código de Hamurabi, § 232. "Se fez perder bens móveis, compensará tudo que fez perder e, porque não reforçou a casa que construiu e ela caiu, deverá reconstruir a casa que caiu com seus próprios recursos" (Bouzon, 1986, p. 194). "Ulpian: If a four-footed animal shall be said to have caused pauperies, loss, legal action for the same derived from the Law of the Twelve Tables. This Law sanctioned either the surrender of the thing which damaged, that is the animal which committed the damage, or else the offer of assessment for the damage" (Warmington, 1938, p. 479).



última medida, indicaria ser vantajosa a prática de condutas censuradas pela sociedade e pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, se o ilícito passa a compensar, as sanções jurídicas impostas contra a prática do ato revelam-se ineficazes no que diz respeito à função de prevenção geral, dissuasória, que atua mediante um controle psicológico sobre os destinatários da norma jurídica, advertindo-os contra os efeitos prejudiciais decorrentes da sua inobservância. Faz-se mister, então, verificar se, e de que forma, a Análise Econômica do Direito pode ser aplicada à Responsabilidade Civil.

2.2. A Análise Econômica do Direito aplicada à Responsabilidade Civil

A linha de pensamento intitulada Análise Econômica do Direito tem bases teóricas construídas, sobretudo, com base em ordenamentos jurídicos pertencentes à matriz *Common Law*. Mas a proposta vem sendo gradualmente estudada também por juristas que se debruçam sobre ordenamentos da família romano-germânica. Há um repertório de casos judiciais, no Brasil e alhures, que aponta para uma adoção de postura dos agentes econômicos em direção a essa análise utilitarista, visando à tomada de decisão a respeito da prática de atos ilícitos.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, tornou-se célebre o caso *Ford Corporation v. Grimshaw*, julgado em 1981. Tratava-se de acidente de trânsito causado pela explosão de um automóvel produzido pela Ford e do qual resultou a morte da condutora, além de desfiguração severa e permanente de um passageiro do outro veículo, na face e no corpo. Na perícia, constatou-se que a falha teria ocorrido em virtude da instalação do tanque e reservatório de carburador na parte traseira do automóvel, em região considerada perigosa. A decisão de colocá-lo nessa região foi motivada pela economia na produção do veículo, estimando-se que a Ford economizou cerca de quinze dólares por automóvel produzido à época. Antes da montagem em série do modelo, a Ford havia realizado dois testes de colisão do protótipo. Em ambos, aconselhou-se a retirada do tanque do local em que se encontrava. Por parte da montadora, houve um cálculo dos lucros e prejuízos possivelmente advindos de ações eventualmente contra ela pelas falhas decorrentes da configuração do veículo. No caso Civ. No. 20095, a *Court of Appeals* da Califórnia manteve, em última instância, o montante atribuído pelo júri no valor de 125 milhões de dólares em *punitive damages* (*Court of Appeals da Califórnia, 1981*)⁽⁵⁾. Esse valor teria sido estipulado precisamente para se retirar da Ford as vantagens advindas da redução de custos com a prevenção.

Essa condenação é condizente com a tipologia de danos encontrada naquele país. De fato, nos Estados Unidos, há duas categorias de danos que permitem a restituição das vantagens

obtidas em decorrência do ato ilícito. Assim, fala-se em *restitutionary damages*, ao lado dos tradicionais *compensatory damages* e dos *punitive damages*. Por isso mesmo, os *damages* a que se condena o responsável pelo ato ilícito têm sentido mais amplo do que o de mero prejuízo ou dano suportado pela vítima. Ao contrário, abrange toda e qualquer “tutela genérica consistente em uma condenação em dinheiro pela prática de um ato ilícito” (Rosenvald & Kuperman, 2017, p. 16).

O que se vê, portanto, é que, no âmbito da Responsabilidade Civil, a Análise Econômica do Direito está indissociavelmente vinculada a uma “economia da prevenção”, fincada na premissa de que “(...) os regimes indenizatórios fornecem os incentivos à atividade econômica das pessoas, interferindo com a respectiva racionalidade na escolha de níveis de risco e de atividade” (Araújo, 2007, p. 841).

A precaução e seus custos seriam consagrados mediante duas espécies de normas. De um lado, as *property rules* atribuiriam o exercício exclusivo de certas faculdades jurídicas por determinados sujeitos, impedindo que os demais pudessem usufruir das mesmas vantagens econômicas sem uma causa jurídica para tanto (em regra, essa causa seria um negócio jurídico). De outro, as *liability rules* permitiriam a delimitação de um campo de atuação livre por todos os sujeitos, mas que seria custeado mediante a repartição dos riscos e dos danos que essa atuação livre acarretaria para a sociedade. A repartição dos riscos e dos danos deveria, então, ser feita a partir da identificação de quem poderia preveni-los da forma mais eficiente possível.

Seguindo essa ideia, Guido Calabresi, um dos expoentes da *Law and Economics*, sugeriu que a Responsabilidade Civil (*Tort Law*) seria um meio-termo entre o Direito Contratual (*Contract Law*) e o Direito Regulatório-Sancionador (*Regulation/Criminal Law*). Para ele, o Direito Contratual representaria a expressão jurídica máxima do liberalismo nas interações sociais, ao possibilitar a

(5) Uma análise detalhada do caso pode ser encontrada em *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (1981, may 29).



transferência de justificativas (*entitlements*) para a titularidade de bens jurídicos. Em contrapartida, o Direito Regulatório-Sancionador seria o domínio em que o Estado determinaria aprioristicamente a quem pertencem essas justificativas, controlando como podem ser transferidas, alteradas ou eliminadas. O descumprimento dessa prévia alocação estatal das titularidades jurídicas seria objeto de sanção.

A Responsabilidade Civil, na visão de Guido Calabresi, estaria entre um desses polos. Através dela, as transferências involuntárias, bem como a destruição de causas justificadoras, poderiam ser toleradas pelo ordenamento jurídico se lhes fosse atribuído um “preço adequado” (Calabresi, 2007, p. 1).

A explicação fornecida por Guido Calabresi para a Responsabilidade Civil, ainda que economicamente adequada, não é juridicamente aceitável, pois esbarra em preceitos éticos que fundam todo e qualquer ordenamento jurídico⁽⁶⁾. O valor da dignidade humana (Constituição Federal, art. 1, III) estaria comprometido se a teoria de Calabresi pudesse justificar tudo a partir de uma permissão da sociedade para a lesão de bens jurídicos inalienáveis; até mesmo a vida poderia ser objeto de um cálculo dessa espécie. Tudo se resolveria através da precificação adequada do bem jurídico violado.

Essa linha de raciocínio implica na inversão completa da ordem de valores do sistema jurídico e, por consequência, no modo como a indenização opera. A indenização é resposta do ordenamento jurídico à violação de um comando de *não-fazer*, de não causar danos a outrem. É prevista pensando na vítima, não nas vantagens obtidas pelo agente. A norma jurídica aí contida não propõe que a conduta proscriba seja praticada. Todavia, em sendo violado o bem jurídico protegido pela norma, o ordenamento reafirma a sua força, permitindo que esse seja reparado, *in natura* ou, na impossibilidade dessa primeira espécie, em dinheiro. A redução do esquema indenizatório a uma atribuição de “preços” adequados para transferências ou extinções involuntárias de bens jurídicos não explica a primazia da reparação natural. Quando essa for possível, não haverá nada parecido com um “preço” a ser estipulado em contraprestação. Pelo contrário, será obtida a reconstrução do bem jurídico violado.

Para além disso, a aplicação da Análise Econômica do Direito à Responsabilidade Civil também acarretaria a transformação do conceito de culpa em um “*standard* de prevenção”. Em outras palavras, se o responsável pelo ato ilícito é aquele que mais eficientemente poderia preveni-lo, a noção de culpa se torna mero expediente para verificar quem poderia

ter prevenido o dano e não o fez. Incorporar a análise de custo-benefício em um elemento jurídico tão variável quanto a culpa significaria delegar ao juiz a responsabilidade de decidir, depois de ocorridos os fatos, quem deveria ter implementado e executado ações preventivas.

Diante da incapacidade da Responsabilidade Civil para lidar com o problema do ato ilícito lucrativo, sobretudo após se ver que nem mesmo a Análise Econômica do Direito permitiria explicar adequadamente os seus principais pressupostos, deve-se buscar um caminho alternativo para o combate de cálculos utilitaristas. Considerando-se que a principal característica do ilícito lucrativo consiste nas vantagens econômicas obtidas pelo ofensor com a prática do ato, a vedação ao enriquecimento sem causa apresenta-se naturalmente como candidata para incidência jurídica.

3. As figuras parcelares⁽⁷⁾ do Enriquecimento sem Causa

A ideia de uma vedação ao enriquecimento sem causa já tinha raízes no Direito Romano, com aplicação das *condictio indebiti* e *condictio ob rem*. O direito romano tinha outras *condictiones*, com fundamentações diversas e, em regra, havia, como pressuposto, o pagamento, sem que houvesse requisito da parte em demonstrar o fundamento de sua pretensão restitutória (Moraes, 2021, p. 120).

O âmbito de aplicação das *condictiones* era bastante sobreposto com o princípio de não haver locupletamento sem causa ou em razão de causa injusta. A partir desses instrumentos processuais, foram sendo construídas as raízes do entendimento dogmático que veda o enriquecimento sem causa. Nas espécies de *condictiones*, até mesmo na *condictio indebiti*, combatia-se o enriquecimento sem causa (Gomes, 1972, p. 286).

(6) No que diz respeito à Responsabilidade Civil, não é desprezível a contribuição da filosofia aristotélico-tomista para a construção do regime jurídico: “Enfim, o princípio da justiça corretiva ou comutativa, na acepção esboçada com primazia por Aristóteles e complementada por Tomás de Aquino, apresenta-se como o fundamento primordial da reparação integral do dano positivada na norma do art. 944 do CC/2002, a compreender as funções desse importante princípio no sistema de responsabilidade civil” (Sanseverino, 2010, p. 57).



Todavia, conquanto tenha havido algumas expressões, em fontes históricas e, sobretudo, no Direito Romano, de uma ideia acerca da vedação ao enriquecimento sem causa⁽⁸⁾, foi apenas em estágio posterior, com o desenvolvimento da Escola de Direito Natural, que uma noção geral acerca do instituto começou a se desenvolver⁽⁹⁾.

Não obstante essas raízes antigas, os códigos oitocentistas deixaram de consagrar uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa. Regulamentavam, no entanto, o pagamento indevido. Assim, a figura constava dos Códigos Civil francês, de 1804⁽¹⁰⁾, italiano, de 1865⁽¹¹⁾, e espanhol, 1889⁽¹²⁾. Desse modo, Menezes Cordeiro entende que soluções legais específicas do Código Civil francês, como os artigos 548, 1376, 1381, reconduziram à ideia geral de enriquecimento sem causa (Cordeiro, 2010, pp. 155-156). Dessa forma, a doutrina buscou elementos no direito positivo para cunhar um princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa (Rodrigues, 2006, p. 422).

Apresentando-se como um marco de um novo estágio para a vedação ao enriquecimento sem causa, o Código Civil alemão (BGB), de 1899, fez constar uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, em seu § 812, I:

(1) Quem, mediante a prestação de outrem ou, por algum outro modo à custa de outrem, adquire algo sem causa jurídica está obrigado a face a esse último a restituir o que recebeu. Essa obrigação existe igualmente se a causa jurídica desaparece posteriormente ou se o resultado perseguido com uma prestação, de acordo com o conteúdo do negócio jurídico, não se produziu.

A expressão “por algum outro modo” possibilitou que toda e qualquer atribuição patrimonial injustificada pudesse ser combatida mediante a construção de um princípio geral de enriquecimento sem causa. Não obstante isso, a *latere*, as

hipóteses clássicas de *condictiones* romanas foram igualmente previstas. Assim, apresenta-se o enriquecimento por prestação (*condictio indebiti*), a hipótese de desaparecimento de causa jurídica (*condictio ob causam finitam*), e o descumprimento da finalidade ou da prestação contratual (*condiction causa data causa non secuta*).

A grande amplitude textual do dispositivo legal presente no BGB não foi isenta de críticas, as quais, a partir da década de 1930, apontavam para o temor de que o princípio contido no Código alemão pudesse ser utilizado arbitrariamente contra quaisquer deslocamentos patrimoniais (Moraes, 2021, pp. 159-160). Defendeu-se, então, uma leitura restritiva do dispositivo, permitindo-se o retorno a um sistema semelhante ao do Direito Romano, fragmentado pelas *condictiones*, com o desenvolvimento de hipóteses específicas nas quais haveria enriquecimento sem causa.

Para a construção desse modelo dogmático restritivo do enriquecimento sem causa, foram determinantes os trabalhos de Walter Wilburg e Ernst von Caemmerer. A partir dos escritos desses dois autores alemães, cunharam-se as duas principais figuras parcelares do enriquecimento sem causa, sendo elas: (i) o enriquecimento por prestação; e (ii) o enriquecimento que não se funda em uma prestação. Vê-se que a clivagem conceitual se baseia na presença

- (7) Emprega-se a noção de “figura parcelar” de modo semelhante ao seu emprego junto à boa-fé objetiva. Discorrendo sobre esse último assunto, Luciano de Camargo Penteado salienta que as figuras parcelares, diferentemente dos conceitos, não permitem um juízo de subsunção de “tudo ou nada”, mas, ao invés, uma relação de “mais ou menos”, permitindo, muitas vezes, haver zonas de sobreposição entre elas (Penteado, 2007, pp. 39-70). Acredita-se que tanto a sistematização romana, por meio das *condictiones*, quanto a alemã, através das modalidades de enriquecimento com ou sem prestação, podem ser interpretadas como um conjunto de figuras parcelares que concretizam a cláusula geral de enriquecimento sem causa.
- (8) Como demonstra a máxima de Pompônio, encontrada nas fontes romanas, segundo a qual “É justo, por direito natural, que ninguém se enriqueça em detrimento e injustamente face a outrem” (Digestas, livro 50, título 17, fragmento 206). “Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores”. Tradução livre a partir da versão para o castelhano, encontrada em “Cuerpo del Derecho Civil romano: digesto”, de García del Corral (1897, p. 961).
- (9) A título de exemplo: “Essa Sociabilidade, que nós vimos descrever em linhas gerais, ou essa preocupação de se manter em sociedade, de uma maneira conforme às luzes do Entendimento Humano, é a fonte do Direito propriamente dito e que se reduz em linhas gerais a isso: que se deve abster dos bens alheios e restituir tudo aquilo que esteja conosco ou o proveito que foi tirado desses bens” (Grócio, 1724, p. 8, Tradução livre).
- (10) Código Civil francês, art. 1.376 (versão original, anterior à reforma de 2016). “Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s’oblige à restituer à celui de qui il l’a indûment reçu”.
- (11) Código Civil italiano de 1865, art. 1.237. “Ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto, è ripetibile. La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte”.
- (12) Código Civil espanhol de 1889, art. 1895. “Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”.



ou ausência de prestação, pressupondo haver deslocamento patrimonial entre uma pessoa (a dita “empobrecida”) e outra (a dita “enriquecida”), sem justificativa legal ou negocial.

Quando ausente uma prestação, está-se diante da segunda modalidade, respaldada pela segunda parte do § 812, I, do BGB. Nessa modalidade, desponta a hipótese de enriquecimento por intervenção, que consiste na obtenção de vantagens através do exercício, sem permissão, de direitos subjetivos alheios.

O Código Civil brasileiro de 1916, em sua origem também um código oitocentista, seguiu o exemplo dos demais. Nesse norte, Silva (2018, pp. 43-44) afirma que o Código Civil brasileiro de 1916 seguia uma influência advinda do *Code Napoléon*, o qual, desde 1804 até a mudança promovida em 2016⁽¹³⁾, não continha cláusula geral do enriquecimento sem causa, apresentando uma ótica restritiva, que não conferia autonomia ao instituto. Não obstante isso, diversas disposições legais contidas no Código brasileiro de 1916 traziam, como razão subjacente, a vedação ao enriquecimento sem causa, tornando inegável a presença de um princípio geral implícito no sistema. Por essa razão, a construção de um princípio de vedação ao enriquecimento sem causa ocorreu a partir da extrapolação das bases legais previstas para o pagamento indevido (Gomes, 2008, pp. 297-300).

Quando da edição do Código Civil de 2002, esse processo já se encontrava finalizado. Em virtude disso, mas também por influência direta do Código Civil português, de 1967, o segundo Código Civil brasileiro veio a prever uma cláusula geral de enriquecimento sem causa, em seu art. 884. Não se olvidou, contudo, de fazer constar previsões específicas para o pagamento indevido (art. 876) e para a *condictio ob causam finitam* (art. 885). Desse modo, o que se vê no ordenamento jurídico brasileiro não é muito distinto do que se encontra em Portugal. Em ambos os países, há um modelo híbrido, com um princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa, em cuja órbita apresentam-se as chamadas figuras parcelares.

Assim, no Código Civil português em vigor, o art. 473º contém, em seu inciso 1, uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, com requisitos para a incidência da norma. No inciso 2, faz-se a previsão das figuras do pagamento indevido, das *condictiones ob causam finitam* e *causa data causa non secuta*:

1. Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou.

2. A obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de modo especial por objecto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou.

Menezes Cordeiro sublinha que o modelo português não tem uma única influência direta e explícita, não se podendo considerá-lo como um mero produto do Direito romano e de suas *condictiones*, nem sequer como um resultado puro e simples de recepção da doutrina alemã. Em consideração a isso, aponta para um “(...) modelo híbrido, a compor pela doutrina: mas não em face de uma mera recepção da doutrina alemã. De certo modo, ele confirma a natureza autónoma do sistema lusófono” (Cordeiro, 2010, p. 204).

À luz do que é previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, Cláudio Michelin Jr. entende o enriquecimento sem causa como um princípio geral, que auxilia na interpretação de normas jurídicas, apresentando-se como critério e fundamento para diversos outros institutos, sejam eles de Direito Privado ou Público, assim como de Direito Restitutivo, enquanto campo residual (Michelin Jr., 2011, p. 875).

A constatação de que o Direito brasileiro possui um princípio geral, ao lado de uma regulamentação específica, leva à conclusão pela necessidade de se conferir maior concretude ao princípio, cogitando-se acerca de possíveis elementos que possam auxiliar o intérprete, para além das normas de institutos específicos que o consagram expressamente no direito positivo. Assim, cogita-se ser possível recorrer ao Direito alemão e a doutrina que se construiu ao seu redor, para uma interpretação do princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa, que é amplo, abstrato e genérico.

A utilidade da comparação entre os modelos alemão e brasileiro parece advir da construção, empreendida pela doutrina alemã, de figuras parcelares que

(13) A reforma empreendida em 2016 acrescentou um capítulo dedicado ao enriquecimento injustificado (*l'enrichissement injustifié*), consagrando uma cláusula geral no art. 1.303 do Código Civil francês: “En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement”.



permitem categorizar as hipóteses de enriquecimento sem causa. Semelhante ao que ocorre com o modelo luso-brasileiro, o enriquecimento sem causa no Direito alemão é, simultaneamente, uma regra geral e um fundamento para normas específicas (Moraes, 2021, p. 158).

4. O enriquecimento por intervenção e o ato lucrativo

Como já se disse, o atual modelo dogmático alemão de enriquecimento sem causa é devedor, em grande medida, das contribuições doutrinárias de Walter Wilburg e Ernst von Caemmerer. O primeiro autor, ao contestar a até então clássica tese de Fritz Schulz, que vinculava o enriquecimento sem causa ao conceito de ilicitude, confundindo-o, portanto, com o enriquecimento ilícito⁽¹⁴⁾, propôs uma visão estrutural, com bases econômicas, para a percepção do fenômeno. Na visão de Wilburg, antes de se verificar o enriquecimento sem causa, dever-se-ia entender a estrutura dos direitos absolutos, como o direito de propriedade e os da personalidade. O traço característica dos direitos absolutos seria o da exclusividade na fruição dos resultados deles decorrentes. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, ao conceder a prerrogativa exclusiva de fruição das vantagens decorrentes da exploração de um determinado bem jurídico a um titular, impediria que todo e qualquer outro sujeito pudesse fazer uso desse mesmo bem ou se aproveitar das vantagens que advêm de sua exploração. Em exceção à regra, a fruição por terceiro deveria ser justificada mediante alienação do direito absoluto ou outra causa juridicamente reconhecida.

A partir dessa linha de raciocínio, a obrigação de restituir imposta pela vedação ao enriquecimento sem causa seria medida pela extensão das vantagens obtidas pelo terceiro e que tivessem conexão econômica com o bem jurídico alheio.

Algo semelhante ocorre com a obrigação de indenizar, no ordenamento jurídico brasileiro, mas, ao revés, o parâmetro indicado pelo legislador é diverso (CC, art. 944). Nessa última hipótese, não se preocupa com a vantagem auferida pelo ofensor do bem jurídico alheio, mas sim com o prejuízo suportado pelo seu titular.

A grande vantagem de se desvincular o enriquecimento sem causa do ato ilícito está em se romper com os limites da indenização, pautada pela extensão do dano. Com isso, o Direito Restitutivo torna-se um campo jurídico propício para o combate do chamado ato ilícito lucrativo. Dentro dessa seara, a figura do enriquecimento por prestação representa apenas

uma das modalidades de enriquecimento sem causa. Além dessa, há a do enriquecimento por intervenção, fundada tão-somente na exploração não-autorizada de bens jurídicos alheios. Diversamente do enriquecimento por prestação, o por intervenção prescinde da existência de transferência patrimonial entre um empobrecido, de um lado, e um enriquecido de outro. Para que surja a obrigação de restituir, basta que tenha havido vantagens que se liguem direta ou indiretamente ao exercício de uma prerrogativa componente do conteúdo de um direito subjetivo absoluto alheio, sem a autorização de seu titular (o chamado “conteúdo de destinação patrimonial”). Conforme resume Menezes Leitão, o enriquecimento por intervenção exige apenas que haja uma “(...) situação de alguém obter um enriquecimento por uma ingerência não-autorizada no patrimônio alheio, como sucederá nos casos de uso, consumo, fruição ou disposição de bens alheios” (2004, p. 29).

O enquadramento conceitual proposto não é desconhecido do Direito estrangeiro. Encontra-se, inclusive, em ordenamentos pertencentes à matriz *Common Law*. Assim, por exemplo, ocorre na Inglaterra, que, através da figura *disgorgement of profits*, afasta a obrigação de restituição dos *damages*. O *disgorgement of profits* teria por função extrair do ofensor os ganhos obtidos sem que a vítima tenha tido uma lesão ou diminuição patrimonial pela consequência do ato ilícito. Tal figura não encontra correlato nos Estados Unidos, visto que, nestes últimos, os ganhos obtidos pelo ofensor convertem-se nos *restitutionary damages*, como uma espécie de prejuízo.

Há, portanto, mesmo no conjunto dos países de *Common Law*, modelos diversos de tratamento do fenômeno do ato ilícito lucrativo. Enquanto, de um lado, o Direito inglês prefere dar autonomia ao instituto, de modo bastante semelhante ao que se vê com o Direito Restitutivo dos países de matriz romano-germânica – dentre os quais, o Brasil

(14) Com os requisitos da imediação e da deslocação patrimonial. Em lugar da imediação, a “pretensão da continuação da atuação jurídica” apenas pressuporia que o seu credor fosse, ao tempo da destinação, o titular do direito fundamento, a partir do qual se desenvolve a pretensão” (Leitão, 2004, p. 27).



se inclui —, o Direito estadunidense prefere tratar a mesma questão sob a perspectiva do *Law of Torts*.

No Brasil, dentre os autores que já estudaram o ato ilícito lucrativo, há quem sustente a inaptidão do enriquecimento sem causa para fundamentar a pretensão restitutória das vantagens obtidas pelo agente do ato ilícito. Nesse grupo, destaca-se Nelson Rosendal, para quem a via do enriquecimento sem causa seria inadequada para solucionar o problema do ilícito lucrativo por três principais razões:

Para fins de restituição por lucros ilícitos, o enriquecimento injustificado - mesmo na refinada tipologia do enriquecimento por intervenção - é um equivalente funcional indesejável por três razões: a) a restituição por lucros ilícitos não pertence ao terreno do enriquecimento injustificado; b) Na restituição por lucros ilícitos não há enriquecimento na acepção da expressão “à custa de outrem” do artigo 884 do CC; c) o enriquecimento injustificado é espécie de enriquecimento independente da existência de um ato ilícito (2019, p. 291).

Todavia, os argumentos apresentados pelo autor citado não parecem ser válidos. Em primeiro lugar, há uma evidente tautologia no argumento “a”. Isso porque o que Nelson Rosendal quer demonstrar corresponde exatamente à primeira razão apresentada e não justificada, isto é, que o enriquecimento sem causa não é fundamento para restituição de lucros ilícitos. Ou seja, o autor traz a própria pergunta como resposta para o problema dos atos ilícitos lucrativos.

Quanto ao argumento “b”, segundo o qual a expressão “à custa de outrem”, contida no art. 884, do Código Civil, impediria a restituição das vantagens obtidas pelo ofensor, deve-se entender que a expressão “à custa de outrem” não exige uma efetiva transferência patrimonial entre vítima e ofensor. Do contrário, o enriquecimento sem causa reduzir-se-ia às hipóteses de enriquecimento por prestação. Ao invés disso, a expressão “à custa de outrem” pode ser compreendida de modo a contemplar hipóteses de fruição de um direito absoluto alheio, mediante emprego da noção de “conteúdo da destinação”, conforme o que já defendia Walter Wilburg (Coelho, 1999, pp. 53-54).

Ou seja, há enriquecimento sem causa sem que se tenha prejuízo efetivo a outrem, desde que se tenham vantagens obtidas “à custa de outrem”. Eis o enriquecimento por intervenção, com a finalidade de “(...) recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor, o que ocorrerá sempre que, de acordo com a repartição de bens efetuada pela ordem jurídica, essa vantagem se considere como pertencente ao titular de direito” (Leitão, 2004, p. 9).

Por fim, o terceiro e último argumento de Rosendal (argumento “c”) também não é convincente. O autor citado afirma que o enriquecimento injustificado prescinde da noção de ato ilícito e, portanto, não seria suscetível de combater o ato ilícito lucrativo. Há, ao que parece, uma confusão entre antijuridicidade e ilicitude em sentido estrito.

Certamente, o enriquecimento sem causa não é, necessariamente, um ato ilícito em sentido estrito, entendendo-se esse de acordo com a definição presente no art. 186, do Código Civil, ou seja, quando há dano. Mas isso não significa dizer que o enriquecimento sem causa represente um ato conforme ao ordenamento jurídico. Muito pelo contrário, é tão antijurídico quanto os atos ilícitos em sentido estrito. As diferenças entre ambas as categorias ocorrem, apenas, em virtude dos pressupostos de incidência e das sanções previstas. Por isso mesmo, é possível haver sobreposição entre as figuras, desde que o contexto fático permita a incidência concomitante tanto do art. 186 quanto do art. 884, ambos do Código Civil.

Percebe-se, portanto, que o Direito Restitutivo é campo jurídico adequado para o tratamento do fenômeno do ato ilícito lucrativo, visto que a sua figura parcelar conhecida como enriquecimento por intervenção permite o surgimento da obrigação de restituir as vantagens obtidas com o ato ilícito lucrativo a partir da ideia de “conteúdo de destinação” dos bens jurídicos. O ofensor, ao interferir na esfera jurídica alheia, impondo ao seu titular prejuízos e auferindo benefícios com sua conduta, retira-os do sujeito a quem o ordenamento jurídico reconhece.

Na jurisprudência brasileira, já há julgados que tratam da questão sob o prisma do enriquecimento por intervenção. É o caso do Recurso Especial 1.698.701-RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2018. Tratava-se de recurso contra decisão prolatada em sede de ação indenizatória originalmente proposta pela atriz Giovanna Antonelli. A atriz havia se recusado a ser garota propaganda de um produto. A empresa publicitária promoveu, então, a contratação de uma sócia sua, confundindo os consumidores quanto à identidade da pessoa que aparecia nos comerciais. Em seu pedido, a atriz postulou especificamente não só indenização pelos danos sofridos em decorrência da violação ao seu direito de imagem, mas também todos os proveitos econômicos extraídos pela marca da associação de sua imagem ao produto anunciado. Em primeira instância, esse pedido foi negado, exatamente em virtude de a indenização restringir-se à extensão dos



danos sofridos pela vítima. Contudo, em segunda instância, a decisão foi reformada, sendo acatado o recurso da atriz para se condenar a marca à restituição de parte do lucro auferido com a campanha publicitária. No julgamento do Recurso Especial 1.698.701-RJ, a Terceira Turma acolheu o recurso da atriz, para que ela recebesse “todo o acréscimo patrimonial obtido pela parte ré às custas da utilização indevida do seu nome e da sua imagem, sem nenhuma limitação”. Digno de nota é o fato de a fundamentação do Recurso ter feito alusão explícita ao enriquecimento por intervenção, sem qualquer vinculação aos danos punitivos. A esse respeito, reproduz-se parte da ementa:

3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele.

4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil. 5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico.

Também a doutrina brasileira se manifestou, em sua maioria, pela aplicação da vedação ao enriquecimento sem causa, em detrimento da aplicação do regime da Responsabilidade Civil, quando da edição do Enunciado 620, da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”.

5. Perspectivas de alteração do Código Civil brasileiro

Em 17 de abril de 2024, foi entregue ao Senado Federal um Anteprojeto de Reforma do Código Civil de 2002, pela Comissão de Juristas Responsável pela Revisão e Atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), com relatoria-geral de Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery. O Anteprojeto promete uma ampla reforma em todo o diploma legal, bem como a inclusão de um novo livro na Parte Especial, dedicado ao Direito Digital.

No que concerne ao enriquecimento sem causa, as propostas tocam na própria estrutura do regime aplicável. Num aspecto geral, não há grandes modificações, visto que o princípio de vedação ao enriquecimento sem causa se mantém, findo na cláusula geral contida no *caput* do art. 884, do Código Civil, sem modificação de redação.

Todavia, reforçando o caráter híbrido do modelo jurídico luso-brasileiro de enriquecimento sem causa, há a consagração de figuras parcelares do enriquecimento sem causa, nos parágrafos do art. 884.

Em especial, deve-se destacar a previsão legal do enriquecimento por intervenção, no § 2, do art. 884, do Código Civil (Brasil, 2024):

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, enriquecer-se à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido.

§ 1 Também se justifica a pretensão restitutória quando a causa do enriquecimento deixar de existir, for ilícita ou não se verificar.

§ 2 A obrigação de restituir o lucro da intervenção, assim entendida como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou de direito alheio, fundamenta-se na vedação ao enriquecimento sem causa e rege-se pelas normas deste Capítulo.

Ao que parece, portanto, caso a proposta logre sucesso, a inserção do § 2, do art. 884, do Código Civil, virá a servir de fundamento legal explícito para o enriquecimento sem causa por intervenção e este, por conseguinte, justificará a restituição das vantagens decorrentes do ato ilícito (o chamado ato ilícito lucrativo).

Todavia, o mesmo Anteprojeto apresenta outra proposta que vem a ser contraditória com a primeira. No bojo das disposições acerca da Responsabilidade Civil, propõe-se a inclusão de um § 2 ao art. 944, dispositivo legal que apresenta as diretrizes para o arbitramento da indenização:

§ 2 Em alternativa à reparação de danos patrimoniais, a critério do lesado, a indenização compreenderá um montante razoável correspondente à violação de um direito ou, quando necessário, a remoção dos lucros ou vantagens auferidos pelo lesante em conexão com a prática do ilícito.

Ora, ao mesmo tempo em que se prevê o combate ao enriquecimento por intervenção (art. 884, § 2), na linha do que se entende mais adequado para o tratamento jurídico do ato ilícito lucrativo, faz-se constar, nas disposições acerca da indenização, que essa última poderá ser arbitrada, *alternativamente à reparação de danos patrimoniais e a critério do lesado*, em valor cuja finalidade será a de



retirar do ofensor os lucros ou vantagens auferidos em conexão com o ato ilícito (art. 944, § 2).

A antinomia presente no Anteprojeto ocorreu em virtude do modo pelo qual foi produzido, com a constituição de diversas subcomissões, cada qual encarregada de analisar as necessárias modificações de certas áreas do Código, mas sem dialogar efetivamente e uniformizar as soluções propostas, de sorte a que se mantivesse um verdadeiro sistema de direito privado, tal como hoje se tem. Isso porque a previsão do ato ilícito lucrativo no seio da Responsabilidade Civil foi sugerida pela Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa, que, em suas justificativas, afirmou expressamente discordar do Enunciado 620, do CJF, e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embasando-se, para tanto, nos argumentos de Nelson Rosenvald – por acaso, um dos membros da Subcomissão – já rebatidos acima. A mesma Subcomissão, no entanto, não havia previsto a consagração legal do enriquecimento por intervenção nos parágrafos propostos para o art. 884. Essa última proposta surgiu, apenas, no Relatório Geral, de 26 de fevereiro de 2024, apresentado pela Relatoria-Geral. A Relatoria-Geral, portanto, diversamente da Subcomissão, não fez uma clara opção entre o enriquecimento sem causa e a Responsabilidade Civil para tratar do ato ilícito lucrativo. Daí, portanto, adveio a contradição que merece ser solucionada na tramitação do Anteprojeto pelo Congresso Nacional.

Independentemente da problemática antinomia presente no Anteprojeto, a inserção do ato ilícito lucrativo nas normas acerca da indenização apresenta, além dos inconvenientes já apontados no decorrer deste estudo, também foi feita com uma redação imprecisa, com potencial para interpretações equivocadas.

Como já se viu, a indenização cuja finalidade é a remoção das vantagens decorrentes do ato ilícito pode ser postulada pela vítima, a seu critério, *alternativamente à indenização por danos patrimoniais*. A alternativa proposta afronta a Constituição Federal, mais especificamente o art. 5, X, que apresenta a reparação de danos patrimoniais como um direito fundamental, sem qualquer ressalva. Ora, podendo a vítima optar pelo recebimento de “indenização” correspondente às vantagens decorrentes do ato ilícito e recebidas pelo ofensor, deixa-se a descoberto a reparação por danos patrimoniais, visto que, pela dicção legal, uma indenização excluiria a outra.

6. Considerações finais

Diante de incertezas a respeito de como lidar com novos fenômenos sociais, a sociedade comumente recorre ao Direito. Em grande medida, notava-se, nos últimos tempos, um progressivo alargamento do papel do Direito Penal, como se esse ramo jurídico fosse remédio adequado para todos os

males. Essa tendência foi a responsável pela proliferação de crimes de perigo abstrato e a criminalização do próprio risco.

Todavia, talvez por se começar a sentir que a inflação penal-punitiva não significou a diminuição dos riscos, os quais passaram a caracterizar a sociedade de hoje, buscou-se um outro campo jurídico que pudesse cumprir com essa difícil tarefa. A Responsabilidade Civil, num primeiro momento, mostrou-se adequada. De fato, muito daquilo que atraía a atenção da sociedade para o Direito Penal também estava presente na Responsabilidade Civil, já que em ambos se vê a presença de uma sanção jurídica, mediante resposta do ordenamento jurídico para uma conduta reprovável.

Contudo, as semelhanças param por aí. A Responsabilidade Civil serve como campo para desenvolvimento de instrumento de reparo à vítima; não de repressão ao ofensor. Os vetores que orientam um e outro ramo jurídico encontram-se em sentidos diametralmente opostos, de sorte que a inclusão de qualquer perspectiva punitivo-preventiva viria com o preço da perda de identidade da Responsabilidade Civil e, por consequência, com o desamparo à situação da vítima após o ato ilícito.

Nem mesmo argumentos utilitaristas, baseados em uma análise econômica, mostram-se compatíveis com a Responsabilidade Civil, pois acabam por contrariar os próprios fundamentos éticos que alicerçam aquele campo jurídico. Ao se enxergar tudo como uma análise de custos para a prática de determinadas condutas, a Análise Econômica do Direito descuida de um valor incalculável e sempre reafirmado pelo ordenamento jurídico: o do ser humano.

Todavia, essas conclusões não devem impedir que se encontre uma resposta jurídica para o problema do ato ilícito lucrativo. Nem tudo precisa ser enxergado como sanção jurídica. O ordenamento não se resume ao Direito Penal e à Responsabilidade Civil.

Faz-se mister perceber que a obrigação de restituir, objeto do direito restitutivo, é instrumento apto e suficiente para a supressão de quaisquer vantagens econômicas que tenham sido obtidas mediante a exploração indevida e injustificada da esfera jurídica alheia.



Nessa vertente, cabe, antes de tudo, a superação da visão reducionista do enriquecimento sem causa como enriquecimento por prestação, caracterizado pelo deslocamento patrimonial de um empobrecido, credor da obrigação de restituir, a um enriquecido, devedor da mesma obrigação.

Em verdade, a cláusula geral de enriquecimento sem causa, presente no art. 884, do Código Civil brasileiro, pode vir a ser operada mediante concretização judicial. Cabe à jurisprudência a sedimentação de grupos de casos, posteriormente sistematizados pela doutrina, e, a partir disso, será possível a construção de figuras parcelares, para que o raciocínio indutivo – do especial para o geral – torne-se dedutivo – do geral para o especial.

O ilícito lucrativo pode, então, ser reconduzido à figura do enriquecimento por intervenção. As vantagens que eventualmente não foram retiradas do agente responsável, via obrigação de indenizar, serão restituídas à vítima em virtude de sua conexão com a exploração injustificada de sua esfera jurídica, patrimonial ou existencial.

Referências bibliográficas

Araújo, F. (2007). *Teoria econômica do contrato*. Almedina.

Bouzon, E. (1986). *O Código de Hammurabi* (10.ª ed.). Vozes.

Calabresi, G. (2007). Toward a unified theory of torts. *Journal of Tort Law*, 1(3), 1-9. <https://doi.org/10.2202/1932-9148.1052>

Carrá, B. (2014). *Responsabilidade Civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. Atlas.

Coelho, F. (1999). *O enriquecimento e o dano*. Almedina.

Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. (2024). *Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil*. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>

Cordeiro, A. (2010). *Tratado de Direito Civil português: direito das obrigações* (Vol. 2, Tomo III). Almedina.

Corral, G. (1897). *Cuerpo del Derecho Civil romano: Digesto* (Tomo III). Barcelona.

De Azevedo, A. (2009). Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In A. J. De Azevedo (Eds.), *Novos estudos e pareceres de Direito Privado* (pp. 377-384). Editora Saraiva.

Fisberg, Y. (2021). *Dano social: Reparação, aspectos processuais e destinação*. Almedina.

Gallo, P. (2000). ¿Daños punitivos en Italia? (T. M. Arias, Trad.). *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2(4), 34-43. La Ley.

Gomes, O. (1972). *Obrigações* (3.ª ed.). Forense.

Gomes, O. (2008). *Obrigações* (17.ª ed.). Forense.

Grimshaw vs. Ford Motor Co. (1981, may 29). Court of Appeals of California (Tamura). <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>

Grotius, H. (1724). *Le Droit de la guerre et de la paix* (Tomo I). (J. Barbeyrac, Trad.). Pierre de Coup.

Jereissati, R. & Menezes, J. (2016). A indenização punitiva no direito brasileiro: requisitos e possibilidades a partir da metodologia do direito civil constitucional, *Prisma Jurídico*, 15(2), 225-265.

Leitão, L. (2004). O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista CEJ*, 25, 24-33.

Martins-Costa, J. (2014). Dano moral à brasileira, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 3(9), 7073-7122.

Martins-Costa, J. & Pargendler, M. (2005). Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro), *Revista CEJ*, 28, 15-32.

Michelon Jr., C. (2011). *O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*. In R. Lotufo & G. E. Nanni (Coords.), *Obrigações*. Atlas.

Miranda, F. (1959). *Tratado de Direito Privado: direito das obrigações* (Tomo XXVI). Borsoi.

Moraes, M. (2006). A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, *Direito, Estado e Sociedade*, 9(29), 233-258.

Moraes, R. (2021). *Enriquecimento sem causa e o enriquecimento por intervenção*. Almedina.

Penteado, L. (2007). Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*, *Thesis*, 4(8), 39-70.

Poli, F. (2014). *O dano social* [Dissertação de Mestrado em Direito Civil, Universidade de São Paulo]. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP.

Recurso Especial 880.349-MG (2007, 26 de junho). Superior Tribunal de Justiça (Castro Filho).

Recurso Especial 1.303.014-RS (2013, 4 de junho). Superior Tribunal de Justiça (Luis Felipe Salomão).

Recurso Especial 1.698.701-RJ (2018, 2 de outubro). Superior Tribunal de Justiça (Ricardo Villas Bôas Cueva).

Rodrigues, S. (2006). *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade* (30.ª ed., Vol. 3). Saraiva.

Rosenvald, N. & Kuperman, B. (2017). Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement?. *Revista Fórum d Direito Civil*, 6(14), 11-31. 

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA
CARLOS ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS
ELMER GUILLERMO ARCE ORTIZ
JORGE LUIS TOYAMA MIYAGUSUKU
GUILLERMO MARTIN BOZA PRÓ
JOAQUÍN BRIONES ZEGARRA
SERGIO ARTURO QUIÑONES INFANTE
ERNESTO ALONSO AGUINAGA MEZA
DIEGO MEGINO FERNÁNDEZ
LUIS MENDOZA LEGOAS
JOSEFINA MIRÓ QUESADA GAYOSO
LUCIO ANDRÉS SÁNCHEZ POVIS
SONIA QUIÑONEZ LÓPEZ
JESÚS HERNÁNDEZ PEÑA
JAIME NILTONG LARA MÁRQUEZ
THALLES RICARDO ALCIATI VALIM
GABRIEL RIBEIRO DOS SANTOS



IUS ET VERITAS

Asociación integrada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la PUCP

www.iusetveritas.com