

Contratación y fronteras del derecho del trabajo

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

CONTRATACIÓN Y FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

- **CINDY ARRIOLA SUPO:** La contratación de trabajadores extranjeros como mecanismo de flexibilización laboral: ¿excepción legítima o precarización encubierta?
- **CÉSAR PUNTRIANO ROSAS:** Repensando a la contratación a plazo fijo en el Perú
- **MAURO ANTONIO UGAZ OLIVARES / JOSEPH AARON SMITH CUADROS:** De la coordinación a la subordinación: ¿Cómo se define el límite entre una relación civil y una laboral? Análisis y reflexiones

INTERNACIONAL

- **MARÍA BELÉN CARDONA RUBERT:** Los neuroderechos laborales, ¿necesario o prescindible reconocimiento jurídico?
- **LUCA NOGLER:** Principio de Igualdad y calificación de las relaciones laborales
- **ANNE TREBILCOCK:** Derecho Laboral Comparado

COYUNTURA

- **ALEJANDRO CASTELLO:** Aspectos laborales del Acuerdo de Comercio entre la Unión Europea y el MERCOSUR
- **CÉSAR GONZÁLES HUNT / DANIEL PANIURA JIMENEZ:** La reforma que no fue: análisis de la Ley de Modernización del Sistema Previsional peruano y su neutralización posterior
- **ARMANDO SÁNCHEZ-MÁLAGA:** El sistema de justicia penal laboral y las formas contemporáneas de esclavitud. A propósito del caso de la Galería Nicolini
- **ROLANDO ENRIQUE UBILLÚS BRACAMONTE:** La tercerización laboral, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 030-2024-PA/TC



Vol. 26, N° 33, marzo-agosto 2026

Registro de Proyecto Editorial: 31501222200554

ISSN 1996-4897 (impresa), ISSN 1996-5230 (en línea)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2005-3994

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2026

Av. Dos de Mayo 516 Dpto. 201, Miraflores, Lima, Perú

revistalaborem@sptss.org.pe

<https://laborem.sptss.org.pe>

LABOREM es una revista de investigación académica de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Publica artículos de investigación que tengan el carácter de inéditos y originales, los cuales son evaluados por pares externos bajo el sistema doble ciego.

La periodicidad de la revista es semestral y aparece, desde el año 2019, solamente en su versión digital. El primer número de la revista abarca el periodo de marzo a agosto y el segundo de setiembre a febrero.

DIRECTORES

Miguel F. Canessa Montejó
ORCID ID: 0000-0002-0129-101X

María Katia García Landaburú
ORCID ID: 0000-0003-4673-2226

CONSEJO EDITORIAL

Guillermo Boza Pró
ORCID ID: 0000-0002-3471-9602

Miguel F. Canessa Montejó
ORCID ID: 0000-0002-0129-101X

María Katia García Landaburú
ORCID ID: 0000-0003-4673-2226

EQUIPO TÉCNICO

Diagramador

Luis Ruiz Martínez

Gestión electrónica

César Auris Saga

CONSEJO CONSULTIVO

(Miembros nacionales)

Ana Cecilia Crisanto Castañeda
Universidad de Piura
ORCID ID: 0000-0001-7661-6870

Mónica Pizarro Díaz
Pontificia Universidad Católica del Perú
ORCID ID: 0000-0002-1676-2996

Wilfredo Sanguinetti Raymond
Universidad de Salamanca
ORCID ID: 0000-0002-7180-0959

(Miembros extranjeros)

Katerine Bermúdez Alarcón (Colombia)
Universidad Externado de Colombia
ORCID ID: 0000-0003-4202-0774

Sandra Goldflus Wasser (Uruguay)
Universidad de la República Oriental de Uruguay
ORCID ID: 0000-0001-9248-1080

Patricia Kurczyn Villalobos (México)
Universidad Nacional Autónoma de México
ORCID ID: 0000-0003-0478-4474

Manuel Carlos Palomeque López (España)
Universidad de Salamanca

Adrian Todolí Signes (España)
Universidad de Valencia
ORCID ID: 0000-0001-7538-4764

Lima, 2026

PRESENTACIÓN

Estimados lectores, con la publicación del número 33 de Laborem, se consolida la etapa de renovación de la revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), conservando el espíritu y la vocación académica que inspiraron a sus fundadores. Reafirmamos nuestro firme compromiso con los más altos estándares de calidad académica y de integridad intelectual. Por ello, la revista busca aplicar estrictos criterios de respeto a los derechos de autor y de originalidad científica. Los trabajos presentados en respuesta a la convocatoria abierta que realizamos han sido sometidos a procesos de evaluación y arbitraje académico a fin de asegurar el rigor y la calidad que corresponden a una publicación del prestigio de Laborem. Aprovechamos esta ocasión para expresar nuestro sincero reconocimiento a los miembros del Comité de Árbitros de este número, quienes, con su dedicación, han contribuido desinteresadamente a esta valiosa tarea académica. Asimismo, agradecemos a los profesores peruanos y extranjeros que han tenido la generosidad de compartir con nosotros los trabajos que presentamos en la sección internacional y en la de coyuntura, que estamos seguros van a enriquecer a nuestros lectores, desde las diversas perspectivas en que han abordado los temas que publicamos en este número.

La primera sección orientada a la contratación y fronteras del derecho del trabajo abre con un artículo de Cindy Arriola Supo sobre la contratación de trabajadores extranjeros realizada al amparo del Decreto Legislativo 689 y su reglamento, considerando el incremento del flujo migratorio hacia el Perú experimentado en los últimos años debido al éxodo de personas venezolanas, y cómo la aplicación de dicho régimen puede derivar en situaciones que comprometan las garantías laborales de los trabajadores extranjeros, en la medida que permite su contratación temporal, operando en la práctica como un mecanismo de flexibilización que puede acabar precarizando el vínculo laboral. Al respecto, la autora reflexiona sobre la necesidad de evaluar este régimen especial de contratación considerando la tutela a la que tienen derecho los trabajadores subordinados, a

fin de evitar la indefensión de los trabajadores extranjeros, situación que se viene presentando a nivel judicial en aplicación de la normativa existente.

Luego, César Puntriano Rosas en su artículo “Repensando a la contratación a plazo fijo en el Perú”, analiza la regulación de los contratos de duración determinada en nuestro ordenamiento, los cuales en la práctica han pasado de ser la excepción para constituirse en la regla, desvirtuando la preferencia por la contratación indefinida, situación que genera precarización laboral y debilita el ejercicio de derechos colectivos. El autor realiza algunos comentarios sobre cada una de las modalidades de contratación temporal previstas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y presenta criterios judiciales y administrativos que en su opinión resultan polémicos, respecto a la causa objetiva que habilita el uso de algunas modalidades, para finalmente proponer entre otras cosas, una reforma legislativa a fin de limitar los contratos temporales a los supuestos realmente transitorios, así como el fortalecimiento de la inspección laboral a fin de que se realicen mayores y mejores actuaciones inspectivas.

6

Finalmente, el artículo de Mauro Antonio Ugaz Olivares y Joseph Aaron Smith Cuadros, ofrece una contribución al debate sobre la delimitación entre las relaciones civiles de prestación de servicios y el contrato de trabajo en el derecho peruano. El trabajo se centra en realizar la delimitación desde una perspectiva dogmática y jurisprudencial, siendo su principal aporte la clarificación conceptual entre coordinación y subordinación, destacando que ciertos mecanismos de interacción —como la solicitud de informes, el intercambio de correos electrónicos o las coordinaciones funcionales— no constituyen necesariamente manifestaciones del poder de dirección propio de la relación laboral, sino que pueden responder a un control del resultado del servicio, sin llegar a profundizar en la dimensión protectora del derecho del trabajo y los riesgos que una interpretación restrictiva de la subordinación generaría en la tutela de los trabajadores en situación de dependencia económica o funcional.

La segunda sección, dedicada al ámbito académico internacional, cuenta con tres importantes aportes de los reconocidos catedráticos europeos: María Belén Cardona (España), Luca Nogler (Italia) y Anne Trebilcock (Alemania). Los dos últimos nos han autorizado la traducción al castellano de sus valiosos trabajos.

El artículo de María Belén Cardona Rubert que lleva por título “Los neuroderechos laborales: ¿necesario o prescindible reconocimiento jurídico?”, aborda uno de los debates más novedosos en el ámbito del derecho del trabajo: la eventual necesidad de reconocer y regular los denominados neuroderechos en el contexto laboral. Partiendo de los avances en neurociencia, neurotecnología e inteligencia artificial, la autora examina los riesgos que el acceso a datos cerebrales o la posible manipulación cognitiva podrían generar para derechos fundamentales como la privacidad, la autonomía o la integridad mental de las personas trabajadoras. El estudio analiza críticamente las propuestas doctrinales que defienden la creación de nuevos derechos —como la libertad cognitiva o la privacidad mental— y revisa las primeras iniciativas regulatorias surgidas en distintos países, especialmente en América Latina. Con ello, el trabajo contribuye a abrir un campo emergente de reflexión jurídica sobre la protección de la persona trabajadora frente a tecnologías capaces de penetrar en la esfera más íntima del individuo.

Luego, el profesor italiano Luca Nogler en su artículo “Principio de igualdad y calificación de las relaciones laborales”, desarrolla una elaborada fundamentación teórica del denominado método tipológico funcional para la calificación de las relaciones laborales, proponiendo sustituir los tradicionales juicios de identidad por juicios de equivalencia en la determinación de la subordinación. El autor sostiene que este enfoque permite captar adecuadamente las transformaciones en la organización empresarial y en los instrumentos tecnológicos utilizados para dirigir el trabajo, evitando que dichas transformaciones oculten relaciones que, en esencia, mantienen rasgos de subordinación. Desde una perspectiva constitucional, Nogler argumenta que el método tipológico funcional se encuentra más alineado con el principio de igualdad, en tanto impide que relaciones laborales sustancialmente equivalentes reciban tratamientos jurídicos distintos. El estudio aporta así una relevante reflexión metodológica y dogmática sobre la calificación jurídica del trabajo en contextos productivos en transformación.

Finalmente, la profesora Anne Trebilcock en su introducción “Derecho laboral comparado” ofrece una reflexión sistemática sobre el papel y la evolución del derecho laboral comparado en un contexto marcado por la globalización económica, la transformación tecnológica del trabajo y la creciente interacción

entre distintos niveles de regulación. La autora muestra cómo el análisis comparado permite comprender mejor las funciones y finalidades del derecho del trabajo, no solo mediante la comparación de normas nacionales, sino también atendiendo a los múltiples espacios de gobernanza que hoy influyen en la regulación laboral, desde los instrumentos internacionales hasta las iniciativas privadas transnacionales. A través de un examen de sus fuentes, métodos y límites, el artículo destaca la utilidad del enfoque comparado para identificar tendencias regulatorias, repensar instituciones jurídicas y abrir el debate sobre alternativas normativas frente a los desafíos contemporáneos del trabajo, como la economía de plataformas, las cadenas globales de valor o la informalidad laboral.

La tercera sección de Coyuntura abre con el artículo del profesor uruguayo Alejandro Castello, quien ofrece un análisis claro y sistemático del alcance laboral del acuerdo UE-MERCOSUR, permitiendo comprender tanto su importancia como sus limitaciones. Su principal aporte radica en mostrar cómo los compromisos laborales incorporados buscan equilibrar la liberalización comercial con la protección de los derechos fundamentales del trabajo, evitando que la competencia económica se base en la degradación de los estándares laborales. Al mismo tiempo, el autor advierte que la eficacia de estas disposiciones puede verse condicionada por la ausencia de mecanismos sancionatorios y de participación de los actores sociales, lo que abre un debate relevante sobre el papel que deberían desempeñar las cláusulas laborales en los acuerdos comerciales contemporáneos.

Luego, César Gonzáles Hunt y Daniel Paniura Jimenez, en “La reforma que no fue: análisis de la Ley de Modernización del Sistema Previsional peruano y su neutralización posterior”, realizan un análisis crítico de la Ley 32123 y de su reglamento, para dejar en evidencia que estas normas finalmente no llegaron a efectuar una transformación estructural del sistema previsional pues la modificación realizada semanas después de publicado el reglamento, mediante la Ley 32445, acabó desmantelando los tres pilares centrales de la reforma —la prohibición de retiros, la incorporación de trabajadores dependientes, y la pensión mínima en el sistema privado— y restableciendo la situación previa, lo que los autores denominan como una “contrarreforma silenciosa”, por lo cual las mencionadas normas finalmente solo realizaron algunos ajustes, que no permitirán reducir la brecha existente entre la regulación y el real nivel de protección social.

Posteriormente, Armando Sánchez-Málaga realiza un análisis del sistema de justicia penal laboral y las formas contemporáneas de esclavitud a partir de una sentencia emblemática, el caso de la Galería Nicolini, lugar en el cual dos jóvenes murieron durante un incendio del que no pudieron escapar debido a que, para prestar sus servicios, habían sido encerrados con candado dentro de un contenedor por sus empleadores. El autor, rescatando el hecho que se haya logrado diferenciar la comisión de un delito de lo que podrían constituir meras infracciones laborales, analiza desde una perspectiva penal las formas contemporáneas de esclavitud y tres grandes retos que afronta nuestro sistema de justicia penal: el identificar los medios de comisión específicos de estos delitos; la necesidad de contar con un catálogo de indicadores probatorios para sustentar adecuadamente los casos judiciales; y, la distinción del delito de trata de personas del de explotación.

Finalmente, Rolando Enrique Ubillús Bracamonte analiza la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 030-2024-PA/TC, relativa a la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio, disposición que fue establecida por el Decreto Supremo 001-2022-TR, norma que fue objeto de una resolución de la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, la cual dispuso que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la SUNAFIL se abstengan de inspeccionar y sancionar a cualquier administrado sobre conductas relacionadas con dicha prohibición hasta que la Corte Suprema resuelva la controversia sobre su constitucionalidad. A ese efecto, el autor examina los temas abordados por el Tribunal Constitucional, vinculados al proceso de amparo dadas la situación específica —acción popular pendiente de resolver por el Poder Judicial y la condición de la norma, que se encuentra suspendida—, y la constitucionalidad o no de la prohibición de la tercerización del núcleo del negocio.

ÍNDICE GENERAL

Presentación 5

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

CONTRATACIÓN Y FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

CINDY ARRIOLA SUPO: La contratación de trabajadores extranjeros como mecanismo de flexibilización laboral: ¿excepción legítima o precarización encubierta? 25

I. Introducción 26

II. El contrato de trabajo y las fronteras del derecho del trabajo..... 28

 1. El contrato de trabajo como categoría estructural del derecho del trabajo y la subordinación 28

 2. Flexibilización laboral y sus manifestaciones contemporáneas: el Decreto Legislativo 689 como régimen especial..... 30

III. Régimen jurídico de la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú 32

 1. Fundamento y finalidad del Decreto Legislativo 689: protección del empleo nacional, apertura económica y transferencia de conocimiento 32

 2. La calidad migratoria habilitante y su función en la contratación laboral de extranjeros 33

3. Excepciones: supuestos de equiparación al trabajador nacional (cónyuge de peruano, entre otros)	34
IV. Temporalidad del contrato del trabajador extranjero: alcance y límites	36
1. La prórroga del contrato y la imposibilidad de su interpretación como habilitación de temporalidad ilimitada.....	36
2. La temporalidad funcional como mecanismo de flexibilización laboral.....	38
V. ¿Excepción legítima o precarización encubierta?: Análisis al uso práctico del régimen	41
1. La excepción como técnica normativa: justificación y límites.....	41
2. Prácticas empresariales y riesgos de precarización.....	41
3. Igualdad, no discriminación y control material del régimen especial.....	42
4. Entre la finalidad originaria del régimen y los nuevos contextos migratorios.....	44
5. El caso de la migración venezolana como evidencia de la discrepancia entre la norma y la realidad social.....	44
VI. Reflexiones finales y propuestas	46
VII. Referencias	48

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS: Repensando a la contratación a plazo fijo en el Perú	51
I. A manera de introducción: antecedentes y contexto general.....	52
II. Análisis de la regulación actual de los contratos a plazo fijo y su aplicación	57
1. La causa objetiva que habilita el uso de los contratos a plazo fijo .	59
2. Las modalidades de contratación	61
A) El contrato por inicio, incremento o lanzamiento de una nueva actividad (artículo 57 de la LPCL).....	61

B)	El contrato por necesidades del mercado (artículo 58° de la LPCL)	63
C)	El contrato por reconversión empresarial (artículo 59° de la LPCL)	65
D)	El contrato ocasional (artículo 60° de la LPCL)	65
E)	El contrato de suplencia (artículo 61° de la LPCL)	66
F)	El contrato de emergencia (artículo 62° de la LPCL)	67
G)	El contrato para obra determinada o servicio específico (artículo 63° de la LPCL)	68
H)	El contrato intermitente (artículos 64° a 66° de la LPCL).	71
I)	El contrato de temporada (artículos 67° a 71° de la LPCL)	71
J)	El contrato innominado (artículo 82° de la LPCL)	72
III.	Conclusiones	73
IV.	Referencias	75

MAURO ANTONIO UGAZ OLIVARES / JOSEPH AARON SMITH

CUADROS:	De la coordinación a la subordinación: ¿Cómo se define el límite entre una relación civil y una laboral? Análisis y reflexiones	77
I.	Introducción	78
II.	La subordinación como elemento delimitador del contrato de trabajo	80
1.	La subordinación, matices, elementos y rasgos.....	80
2.	El poder de dirección, fiscalización y sanción como manifestaciones de la subordinación.....	82
III.	La locación de servicios como contrato autónomo en el derecho civil peruano.....	84
1.	Configuración normativa de la locación de servicios.....	84
2.	Obligaciones de medios y control de resultado	86
IV.	Matices y espacios grises	88
1.	Coordinación y subordinación como conceptos en conflicto	88

V. Tratamiento jurisprudencial de la desnaturalización de la locación de servicios.....	92
1. Criterios jurisprudenciales relevantes en el Perú.....	92
2. Criterios jurisprudenciales relevantes del derecho comparado	96
VI. Criterios para delimitar la coordinación y distinguirla de la subordinación.....	98
1. No toda coordinación implica subordinación.....	98
2. La coordinación en el contrato de trabajo y la primacía de la realidad	100
3. La desnaturalización del vínculo civil: neutralización de la autonomía y pérdida de la capacidad real de autoorganización	102
VII. Conclusiones y reflexiones	103
VIII. Referencias	105

INTERNACIONAL

MARÍABELÉN CARDONA RUBERT: Los neuroderechos laborales, ¿necesario o prescindible reconocimiento jurídico?.....	111
I. Consideraciones previas.....	112
II. Neurociencia y neurotecnología puertas de acceso al conocimiento profundo del individuo	114
III. El debate sobre la necesidad del reconocimiento de los neuroderechos	117
IV. ¿Es necesaria una específica protección legal de los neuroderechos?: El marco regulatorio existente.....	120
V. ¿Podemos hablar de neuroderechos laborales?	134
VI. Conclusiones.....	138

LUCA NOGLER: Principio de Igualdad y calificación de las relaciones laborales	141
I. Premisas metodológicas	142
II. Sobre la necesidad (constitucional) de establecer la calificación de las relaciones laborales en virtud del método tipológico funcional.....	147
III. “No se puede nadar desde la orilla”	155
 ANNE TREBILCOCK: Derecho Laboral Comparado	157
I. Introducción: ilustraciones del campo	158
II. Un espacio de gobernanza multifacético y en expansión	160
III. Los usos y límites del derecho laboral comparado	163
1. Reflexiones sobre el ejercicio comparativo	163
2. Transposición, trasplantes y traducción	168
IV. Fuentes y métodos del derecho laboral comparado	173
1. Fuentes	173
2. Métodos: una visión general.....	178
3. Un giro hacia el empirismo	181
V. Ejes de comparación: territorios y temas	184
1. Territorios seleccionados.....	184
2. Temas seleccionados para la comparación.....	187
3. Búsqueda de la aplicación de los derechos laborales	191
VI. Comentarios finales	196

COYUNTURA

ALEJANDRO CASTELLO: Aspectos laborales del Acuerdo de Comercio entre la Unión Europea y el MERCOSUR	201
I. Introducción	202
II. Dimensión socio laboral en los tratados de libre comercio: la inclusión de “capítulos” sociolaborales	206
III. Contenido del capítulo laboral (capítulo 18) del acuerdo interino de comercio	209
1. Aspectos generales	209
2. Derecho a establecer sus propias normas, siempre que sean compatibles con el Trabajo Decente y los Derechos fundamentales	212
3. Compromiso de no hacer dumping social	213
4. Compromiso de aplicar las Normas Internacionales sobre Derechos fundamentales en el trabajo	215
5. Gestión responsable de las cadenas de suministro	215
6. Cooperación	217
7. Solución de controversias	218
IV. Comentarios finales	219

CÉSAR GONZÁLES HUNT / DANIEL PANIURA JIMENEZ: La reforma que no fue: análisis de la Ley de Modernización del Sistema Previsional peruano y su neutralización posterior	221
I. Introducción	222
II. El sistema previsional peruano previo a la reforma	224
1. Estructura y naturaleza del modelo mixto.....	224
2. Problemas estructurales identificados.....	225

A)	Baja cobertura y exclusión del sector informal	225
B)	Insuficiencia de las pensiones.....	226
C)	Sostenibilidad financiera comprometida	227
III.	La Ley N.º 32123: ¿modernización o reorganización normativa?	227
1.	Los tipos de reforma en los sistemas previsionales.....	227
2.	Análisis de la estructura multipilar propuesta	228
A)	El pilar no contributivo	228
B)	El pilar semicontributivo y la pensión mínima en el SPP..	229
C)	El pilar contributivo	230
D)	El pilar voluntario	230
3.	La prohibición de retiros y la incorporación de independientes ...	231
4.	La incorporación universal al sistema previsional: una ilusión de protección	232
5.	Balance: una reforma de apariencia	233
IV.	La Ley N.º 32445: La contrarreforma.....	234
1.	El nuevo retiro extraordinario de hasta 4 UIT	234
2.	La reapertura del retiro del 95.5%.....	235
3.	La eliminación del aporte obligatorio de independientes	236
V.	La pensión mínima en el spp: una conquista vaciada de contenido	236
1.	Una deuda histórica aparentemente saldada	236
2.	El mecanismo de las unidades de aporte y su vulnerabilidad.....	237
3.	La paradoja: retirar fondos es renunciar a la pensión mínima	238
VI.	El estado de cosas inconstitucional en materia previsional.....	239
1.	El mandato constitucional incumplido.....	239
2.	El ciclo de retiros como política pública regresiva	240
VII.	Reflexiones finales.....	241
VIII.	Referencias	243

ARMANDO SÁNCHEZ-MÁLAGA: El sistema de justicia penal laboral y las formas contemporáneas de esclavitud. A propósito del caso de la Galería Nicolini	245
I. Introducción	246
II. Trabajo forzoso	248
1. Concepto y elementos	248
2. Relevancia penal.....	249
3. Necesidad de intervención.....	251
4. Necesidad de distinción.....	252
III. Caso de la galería Nicolini	254
1. Hechos del caso.....	254
2. Sentencia del Tribunal Constitucional	254
3. Sentencia de la Corte Superior	255
4. Análisis penal	257
A) Medios de comisión	257
B) Indicadores probatorios	259
C) Límites entre la trata de personas y los delitos de explotación.....	260
IV. Conclusión.....	263
V. Referencias	263

ROLANDO ENRIQUE UBILLÚS BRACAMONTE: La tercerización laboral, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 030-2024-PA/TC.....	267
---	-----

I. Cuestión previa: evolución de la organización empresarial y descentralización productiva.....	268
II. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional.....	271
1. Petitorio de la demanda.....	271
2. Instancias inferiores.....	272

3. Resoluciones de Indecopi 273

4. Cuestiones a resolver 274

5. Procedencia del proceso de amparo contra una norma..... 274

6. Procedencia del amparo contra una norma jurídica suspendida ... 278

7. Control de la constitucionalidad del D.S. 001-2022-TR: ¿Es constitucional la prohibición de la tercerización del núcleo del negocio? 279

 a. Noción de tercerización..... 279

 b. La inconstitucionalidad del D.S. 01-2022-TR y una nueva noción de organización laboral dentro de la tercerización 283

III. Conclusiones 289

IV. Referencias 290

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



CONTRATACIÓN Y FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

La contratación de trabajadores extranjeros como mecanismo de flexibilización laboral: ¿excepción legítima o precarización encubierta?

Hiring Foreign Workers as a Mechanism of Labor Market Flexibilization: Legitimate Exception or Covert Precarization?

CINDY ARRIOLA SUPO*

Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Correo electrónico: c.arriolasupo@gmail.com
Código ORCID: 0009-0005-6568-6394

RESUMEN: Este artículo analiza la contratación de trabajadores extranjeros bajo el Decreto Legislativo 689 y su Reglamento en Perú, a fin de evaluar si su aplicación práctica ha contribuido a procesos de flexibilización laboral que, en determinados supuestos, pueden transformar una medida de carácter excepcional en un mecanismo de precarización encubierta. A partir de un análisis crítico, se examinan los límites de la temporalidad en los contratos de trabajo de personas extranjeras y los riesgos de desnaturalización de la relación laboral, con impacto en el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes. Finalmente, se reflexiona sobre la compatibilidad del régimen con principios estructurales del derecho del trabajo, como la estabilidad laboral, la igualdad y la no discriminación.

ABSTRACT: This article examines the hiring of foreign workers under Legislative Decree No. 689 and its Regulations in Peru, in order to assess whether its practical application has contributed to processes of labor flexibility that, in certain cases, may turn an exceptional measure into a mechanism of hidden precarization. Through a critical analysis, the limits of temporality in employment contracts for foreign workers and the risks of distortion of the employment relationship are examined, with implications for the effective exercise of the fundamental rights of migrant workers. Finally, the article reflects on the compatibility of the regime with structural principles of labor law, such as job stability, equality, and non-discrimination.

PALABRAS CLAVE: Contratación de trabajadores extranjeros, flexibilización laboral, precarización laboral, derechos laborales, temporalidad, desnaturalización contractual, derechos fundamentales, régimen laboral especial.

KEY WORDS: Hiring of foreign workers, labor flexibility, labor precarization, labor rights, temporality, contractual distortion, fundamental rights, special labor regime.

* Abogada con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada independiente en Laboralista.pe.

Recibido: 02/02/2026

Aceptado: 26/02/2026

Publicado en línea: 30/03/2026

SUMARIO: I. Introducción. II. El contrato de trabajo y las fronteras del derecho del trabajo. 1. *El contrato de trabajo como categoría estructural del Derecho del Trabajo y la subordinación* 2. *Flexibilización laboral y sus manifestaciones contemporáneas: el Decreto Legislativo 689 como régimen especial*. III. Régimen jurídico de la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú. 1. *Fundamento y finalidad del Decreto Legislativo 689: protección del empleo nacional, apertura económica y transferencia de conocimiento* 2. *La calidad migratoria habilitante y su función en la contratación laboral de extranjeros* 3. *Excepciones: supuestos de equiparación al trabajador nacional (cónyuge de peruano, entre otros)*. IV. Temporalidad del contrato del trabajador extranjero: alcance y límites. 1. *La prórroga del contrato y la imposibilidad de su interpretación como habilitación de temporalidad ilimitada* 2. *La temporalidad funcional como mecanismo de flexibilización laboral*. V. ¿Excepción legítima o precarización encubierta?: Análisis al uso práctico del régimen. 1. *La excepción como técnica normativa: justificación y límites* 2. *Prácticas empresariales y riesgos de precarización* 3. *Igualdad, no discriminación y control material del régimen especial* 4. *Entre la finalidad originaria y los nuevos contextos migratorios* 5. *En el caso de la migración venezolana como evidencia de la discrepancia entre la norma y realidad social*. VI. Reflexiones finales y propuestas. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En Perú, el Decreto Legislativo N° 689 regula la contratación de trabajadores extranjeros con la finalidad primordial de conciliar la apertura económica y la necesidad empresarial de incorporar conocimiento especializado, sin menoscabar la protección prioritaria del empleo nacional. Esta normativa establece que el trabajo en el territorio peruano debe ser preferentemente desempeñado por trabajadores peruanos. Tal es así que este Decreto Legislativo establece en su artículo 4, que las empresas podrán contratar personal extranjero en una proporción máxima del 20% del total de su personal, y las remuneraciones de estos trabajadores no podrán exceder el 30% del total de la planilla de sueldos y salarios. De esta manera, el régimen se inscribe dentro de una lógica proteccionista moderada, adaptada a una economía globalizada que demanda inversiones extranjeras y transferencia tecnológica.

La finalidad esencial de la contratación de trabajadores extranjeros bajo el Decreto Legislativo N° 689 no es reemplazar a la mano de obra nacional ni abaratar los costos laborales, sino más bien, suplir déficits de especialización técnica o profesional no disponibles en el mercado local, y facilitar la transferencia de conocimiento y tecnología hacia los trabajadores peruanos. Así, se busca incorporar valor agregado al desarrollo de la competitividad del capital humano nacional.

En un contexto de incremento de los flujos migratorios en el Perú —particularmente a partir de la crisis venezolana—, la contratación de trabajadores extranjeros adquiere renovada relevancia jurídica. Al respecto, el PNUD señala que el Perú ha experimentado un aumento significativo en los flujos migratorios, particularmente en los últimos años, lo que ha llevado a un mayor debate sobre la integración socioeconómica de los migrantes. La crisis en Venezuela, por ejemplo, ha impulsado el número de migrantes a Perú, haciendo más relevante la gestión de la contratación de trabajadores extranjeros en un escenario de creciente movilidad laboral. Es importante resaltar que, para la validez de la relación laboral de los trabajadores extranjeros, no basta con la aprobación del contrato de trabajo; se requiere que estos cuenten con la calidad migratoria habilitante. Este requisito garantiza que el trabajador cumpla con las normativas migratorias y laborales establecidas en el país.

A medida que los flujos migratorios aumentan, y la contratación de trabajadores extranjeros se incrementa, surgen interrogantes sobre cómo la interpretación y aplicación práctica del régimen pueden derivar en situaciones que comprometan las garantías laborales del trabajador extranjero. Este artículo examina cómo el régimen de contratación de trabajadores extranjeros, bajo el Decreto Legislativo N° 689, podría estar siendo interpretado y aplicado de manera tal que desnaturaliza su finalidad excepcional, operando en la práctica como un mecanismo de flexibilización laboral con efectos de precarización sobre las garantías del trabajador extranjero.

II. EL CONTRATO DE TRABAJO Y LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. El contrato de trabajo como categoría estructural del derecho del trabajo y la subordinación

El contrato de trabajo constituye la categoría estructural del Derecho del Trabajo, en la medida en que delimita el ámbito de aplicación de su régimen tuitivo y justifica la intervención normativa del Estado en las relaciones entre empleadores y trabajadores. Así, a diferencia de otras ramas del derecho privado, el derecho del trabajo parte del reconocimiento de una relación estructuralmente desigual entre los sujetos que se vinculan mediante la prestación personal de servicios, desigualdad que no es únicamente económica, sino también jurídica, en tanto el trabajador se inserta en una organización productiva bajo el poder de dirección del empleador.

En este sentido, se puede advertir que el contrato de trabajo se funda en una relación de subordinación que expresa una situación de desigualdad estructural, en la que la voluntad del trabajador no solo se compromete, sino que se somete al poder de decisión del empleador (Sanguinetti Raymond, 1996). Esta asimetría explica la función protectora del derecho del trabajo, cuyo objeto es establecer límites a la autonomía privada para compensar la posición de debilidad del trabajador dentro de la relación jurídica laboral.

Bajo este panorama, el contrato de trabajo no puede ser comprendido únicamente como un acuerdo formal de voluntades, sino como una relación jurídica definida por su contenido material. Como sostiene Neves Mujica (2018), el derecho del trabajo se construye como un derecho de tutela a partir del reconocimiento de la subordinación y de la desigualdad estructural existente en la relación laboral, lo que legitima la intervención estatal y la configuración de principios orientados a la protección del trabajador. En consecuencia, la centralidad del contrato de trabajo como categoría estructural permite delimitar las fronteras del Derecho del Trabajo frente a otras formas de contratación civil o comercial, evitando que la autonomía privada sea utilizada para desdibujar el ámbito de protección del trabajador.

Este enfoque resulta particularmente relevante frente a regímenes especiales o modalidades contractuales que, bajo una apariencia formal de legalidad, pueden operar como mecanismos de elusión de los estándares mínimos de protección laboral. En ese sentido, el análisis de figuras especiales, como el del presente artículo, el régimen de contratación de trabajadores extranjeros, debe realizarse no solo desde su conformidad formal con la normativa vigente, sino también desde su compatibilidad material con los principios y finalidades del Derecho del Trabajo como ordenamiento protector.

Ahora bien, es preciso mencionar a la subordinación. Esta última constituye el elemento central que permite identificar la existencia de una relación laboral y, con ello, la aplicación del régimen tuitivo del derecho del trabajo. No se trata de un dato meramente formal, sino de una situación fáctica que se manifiesta en la inserción del trabajador en la organización productiva del empleador, bajo su poder de dirección, fiscalización y sanción.

En este marco, la calificación jurídica de una relación no puede depender exclusivamente de la denominación que le otorguen las partes formalmente, sino de la verificación de los elementos materiales que configuran la prestación personal de servicios. En ese sentido, la primacía de la realidad opera como un principio estructural que impide que construcciones contractuales formales sean utilizadas para encubrir verdaderas relaciones laborales.

Adicional a ello, la subordinación no es un fenómeno neutro, sino la expresión jurídica de una relación de poder que coloca al trabajador en una posición de debilidad estructural. Como destaca Sanguineti Raymond (1996), el contrato de trabajo establece una relación fundada en la desigualdad, en la que el trabajador se somete al poder de decisión del empleador. Este dato resulta fundamental para comprender por qué el Derecho del Trabajo limita la autonomía de la voluntad en materia de condiciones laborales y duración del contrato, y por qué los regímenes especiales deben ser interpretados de manera restrictiva cuando puedan afectar los estándares mínimos de protección.

La subordinación no solo delimita la relación jerárquica, sino que también activa la protección legal frente a desvinculaciones arbitrarias, tal como lo esta-

blece el artículo 27 de la Constitución Política del Perú. A partir de esta base, opera la presunción de laboralidad, conforme al artículo 4° del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que establece que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, a menos que se demuestre lo contrario.

Bajo este panorama, los regímenes especiales de contratación, aun cuando estén formalmente habilitados por el ordenamiento jurídico, no pueden ser comprendidos como espacios de neutralización de los principios laborales, sino que, por el contrario, deben ser evaluados desde la lógica de la tutela del trabajador subordinado. Ello implica que la utilización de modalidades contractuales atípicas o excepcionales debe responder a finalidades objetivas y no convertirse en instrumentos de precarización del vínculo laboral.

2. Flexibilización laboral y sus manifestaciones contemporáneas: el Decreto Legislativo 689 como régimen especial

30

Creemos que la tensión entre la estabilidad laboral y la flexibilidad en el trabajo es uno de los aspectos clave del derecho laboral actual. Esto se debe a que, mientras que el trabajador ve en los contratos indefinidos una mayor seguridad en su empleo y una protección frente a despidos injustificados, el empleador suele preferir contratos temporales que le ayuden a reducir gastos y ajustarse con mayor agilidad a los cambios en el mercado.

Este contexto no es ajeno a estos intereses contrapuestos. Por un lado, se busca garantizar la estabilidad en el empleo mediante la exigencia de causas objetivas para la contratación temporal y el despido; por otro, se incorpora mecanismos de flexibilización que amplían el espacio de la autonomía privada en la determinación de la duración del vínculo laboral, en función de las necesidades empresariales (Sanguineti Raymond, 1996).

Como advierte Martín Valverde, la duración del contrato de trabajo constituye uno de los aspectos de la relación laboral en los que se expresa con mayor claridad la contraposición de intereses entre empleador y trabajador, al incidir

directamente en la estabilidad y en la previsibilidad del vínculo laboral (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez & García Murcia, 2000). En este sentido, la expansión de la contratación temporal y de los regímenes especiales puede leerse como una manifestación concreta de los procesos de flexibilización laboral, que tensionan los principios clásicos del derecho del trabajo, en particular el principio de continuidad del vínculo laboral.

En el ordenamiento peruano, esta tensión se expresa en la coexistencia entre la presunción de contratación a plazo indeterminado y la proliferación de modalidades de contratación temporal y regímenes especiales, que amplían los márgenes de flexibilidad en la gestión de la fuerza de trabajo.

Dentro de este escenario de flexibilización, mencionado en el punto anterior, el Decreto Legislativo N.º 689, que regula la contratación de trabajadores extranjeros, puede ser analizado como un régimen especial que introduce modulaciones específicas al principio de estabilidad en el empleo. Si bien su finalidad original responde a objetivos de política migratoria y de protección del mercado de trabajo nacional, en la práctica su utilización puede articularse con estrategias empresariales orientadas a flexibilizar la duración del vínculo laboral.

Así, el establecimiento de límites temporales, porcentuales o de condiciones especiales para la contratación de trabajadores extranjeros configura un régimen diferenciado respecto del régimen laboral común. Sin embargo, cuando las excepciones previstas por la normativa permiten la reiteración sucesiva de contratos temporales o la desvinculación sin una justificación material vinculada a la finalidad del régimen, el uso del Decreto Legislativo N.º 689 puede operar como un mecanismo indirecto de flexibilización laboral, con potenciales efectos de precarización del vínculo.

Bajo la perspectiva del derecho laboral como ordenamiento protector, resulta necesario evaluar críticamente si la aplicación práctica de este régimen especial respeta los principios de estabilidad y continuidad del vínculo laboral o si, por el contrario, contribuye a debilitar las garantías mínimas del trabajador subordinado. La centralidad del contrato de trabajo como categoría estructural y la función tuitiva del derecho del trabajo exigen que los regímenes especiales

sean interpretados de manera restrictiva y conforme a su finalidad, evitando que se conviertan en espacios normativos de excepción que erosionen los estándares generales de protección.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS EN EL PERÚ

1. Fundamento y finalidad del Decreto Legislativo 689: protección del empleo nacional, apertura económica y transferencia de conocimiento

Como hemos mencionado en párrafos anteriores, el régimen jurídico de la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú se estructura a partir del Decreto Legislativo N.º 689, Ley de Contratación de Personal Extranjero (en adelante, LCPE), y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 014-92-TR. Este régimen especial de contratación laboral, si bien incorpora reglas particulares en cuanto a la forma, duración y límites porcentuales de contratación, reconoce expresamente que los trabajadores extranjeros se encuentran sujetos al Régimen Laboral de la Actividad Privada, aplicándose supletoriamente la normativa general laboral en todo aquello no regulado por la LCPE (Ataca Ugaz & Galindo Valer, 2014).

Desde una perspectiva teleológica, la regulación de la LCPE responde a una doble finalidad. Por un lado, busca proteger el empleo nacional, estableciendo límites cuantitativos a la contratación de trabajadores extranjeros tanto en número como en remuneraciones, con el objetivo de evitar que la fuerza laboral extranjera desplace de manera estructural a la mano de obra nacional. Por otro lado, el régimen está pensado para admitir la contratación de extranjeros como un mecanismo para favorecer la apertura económica, la incorporación de capital humano especializado y la transferencia de conocimientos y tecnología hacia el mercado laboral peruano, especialmente en contextos de inversión extranjera o desarrollo de nuevas actividades empresariales.

Esta contraposición entre protección del empleo nacional y apertura al mercado internacional refleja una opción de política pública que no es ajena a los procesos de globalización económica que vivimos hoy en día. En este sentido,

la LCPE no parte de una lógica de prohibición de la contratación de extranjeros, sino de su configuración como excepción funcional, sujeta a límites y condiciones específicas, orientadas a compatibilizar las necesidades empresariales con la tutela del mercado de trabajo interno.

Sin embargo, el contexto actual de intensificación de los flujos migratorios hacia el Perú, como, por ejemplo, la crisis venezolana, ha introducido nuevos desafíos para la aplicación práctica de este régimen. En la medida en que la presencia de trabajadores extranjeros deja de responder exclusivamente a déficits de especialización altamente calificada y se vincula también a procesos de migración masiva por razones humanitarias y económicas, la finalidad originaria del régimen tiende a desdibujarse en la práctica, lo que exige una lectura crítica de su aplicación contemporánea.

2. La calidad migratoria habilitante y su función en la contratación laboral de extranjeros

Siguiendo la línea argumentativa anteriormente expuesta, es preciso señalar que, de acuerdo a la LCPE y su Reglamento, un elemento central es la exigencia de que el trabajador cuente con una calidad migratoria habilitante para trabajar en el país. En efecto, la aprobación administrativa del contrato de trabajo por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo no autoriza, por sí sola, el inicio de la prestación de servicios, siendo indispensable que el trabajador obtenga previamente la calidad migratoria correspondiente, esto es, la visa de trabajo (Ataca Ugaz & Galindo Valer, 2014).

Dicha exigencia pone de relieve la articulación entre el derecho del trabajo y el derecho migratorio en la regulación de la contratación de extranjeros. El régimen laboral especial no puede operar de manera autónoma, sino que se encuentra condicionado por el cumplimiento de los requisitos migratorios, lo que introduce una dimensión adicional de control estatal sobre la relación laboral. En este sentido, la calidad migratoria habilitante cumple una función de un filtro jurídico, en tanto delimita quiénes pueden válidamente integrarse al mercado laboral formal en el territorio peruano.

En el mismo sentido, la normativa exige que los contratos de trabajo de personal extranjero incluyan ciertas cláusulas especiales, entre ellas, la que condiciona el inicio de la prestación de servicios a la obtención de la visa de trabajo, así como el compromiso de capacitación del personal nacional en la misma ocupación (Ataca Ugaz & Galindo Valer, 2014). Creemos que este último elemento reforzaría la idea de que la contratación de extranjeros no se concebiría como un sustituto permanente del trabajador nacional, sino más bien, como un mecanismo de transferencia de capacidades.

Si hace una yuxtaposición entre lo mencionado en el punto II sobre la protección en el derecho del trabajo con la exigencia de la calidad migratoria habilitante, podríamos entender que esta última no solo cumple una función de orden público migratorio, sino que también afecta directamente en la posición jurídica del trabajador extranjero, quien se encuentra expuesto a mayores niveles de vulnerabilidad frente al empleador, en tanto su permanencia regular en el país y la validez de su vínculo laboral dependen del cumplimiento de requisitos administrativos adicionales. Dicha situación refuerza la necesidad de interpretar el régimen especial conforme a los principios tuitivos del derecho laboral, evitando justamente que algún tipo de migración masiva sea instrumentalizada como un mecanismo de presión o precarización de la relación laboral.

3. Excepciones: supuestos de equiparación al trabajador nacional (cónyuge de peruano, entre otros)

La LCPE establece supuestos de exclusión de su ámbito de aplicación, en los cuales determinados trabajadores extranjeros deben ser considerados, a efectos laborales, como equiparables a trabajadores nacionales. En estos casos, la contratación debería regirse directamente por el régimen laboral común, esto es, por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), sin sujeción a las limitaciones porcentuales ni a la temporalidad obligatoria prevista en la LCPE.

Al respecto, el artículo 3 de la LCPE señala expresamente que,

(...) para los efectos de la ley, no se consideran en las limitaciones sobre contratación de trabajadores extranjeros a que se refieren los artículos 2 y 4 de esta Ley;

- a) *Al extranjero con cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos;*
- b) *Al extranjero con visa de inmigrante;*
- c) *Al extranjero con cuyo país de origen exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad;*
- d) *Al personal de empresas extranjeras dedicadas al servicio internacional de transporte, terrestre, aéreo o acuático con bandera y matrícula extranjera;*
- e) *Al personal extranjero que labore en las empresas de servicios multinacionales o bancos multinacionales, sujetos a las normas legales dictadas para estos casos específicos;*
- f) *El personal extranjero que, en virtud de convenios bilaterales o multilaterales celebrados por el Gobierno del Perú, prestare sus servicios en el país;*
- g) *Al inversionista extranjero, haya o no renunciado a la exportación del capital y utilidades de su inversión, siempre que ésta tenga un monto permanente durante la vigencia del contrato no menor de 5 UIT;*
- h) *Los artistas, deportistas y en general aquellos que actúen en espectáculos públicos en el territorio de la República, durante un período máximo de tres meses al año.*

El personal comprendido en este artículo no está sujeto al trámite de aprobación de los contratos ni a los porcentajes limitativos establecidos en el artículo 4 de la presente Ley. (el resaltado es nuestro)

Por su lado, el Reglamento de la LCPE señala en su artículo 3, literalmente que:

“Los contratos del personal extranjero exceptuado, incurso en los incisos a), b), c) y g), se rigen por las mismas normas de contratación aplicables a los trabajadores peruanos, pueden ser contratados a tiempo indefinido o sujetos a modalidad conforme a las reglas establecidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

En caso estos trabajadores extranjeros celebren contratos de trabajo a tiempo indefinido, deben formalizarlos por escrito a efectos de presentarlos ante la Autoridad Migratoria para la obtención de la calidad migratoria habilitante. Los demás casos contemplados en el Artículo 3 de la Ley se rigen por sus propias normas.” (el resaltado y subrayado es nuestro)

Bajo este panorama, podemos concluir que estos supuestos de exclusión evidencian que el legislador reconoce que no todo trabajador extranjero debe

ser tratado como “personal extranjero” en sentido estricto. Por el contrario, en determinados casos, el vínculo del extranjero con el país —ya sea, por ejemplo, por lazos familiares, integración regional o convenios internacionales— justifica su asimilación al régimen laboral común, permitiendo incluso su contratación a plazo indeterminado, siempre que se cumplan los requisitos generales del derecho laboral.

Desde una interpretación sistemática, estas excepciones cumplen una función relevante: muestran que el régimen especial de la LCPE no constituye un bloque normativo cerrado ni impermeable a los principios generales del Derecho del Trabajo, sino que se integra en un sistema normativo más amplio, en el que la regla general sigue siendo la aplicación del régimen laboral común. Asimismo, estas excepciones refuerzan la idea de que la temporalidad impuesta por la LCPE no puede ser comprendida como una característica ontológica del trabajo del extranjero, sino como una opción de política normativa específica, sujeta a límites y excepciones expresamente reconocidas por el ordenamiento.

36

IV. TEMPORALIDAD DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO: ALCANCE Y LÍMITES

1. La prórroga del contrato y la imposibilidad de su interpretación como habilitación de temporalidad ilimitada

El artículo 5 de la LCPE señala que “*Los contratos de trabajo a que se refiere la presente Ley deberán ser celebrados por escrito y a plazo determinado, por un período máximo de 3 años prorrogables, sucesivamente, por períodos iguales, debiendo constar además, el compromiso de capacitar al personal nacional en la misma ocupación. La autoridad competente al otorgar la visa correspondiente tendrá en cuenta el plazo de duración del contrato.* (Las negritas y el subrayado son nuestras)

De la misma manera, el artículo 11 del Reglamento de la LCPE, señala que “*Los Contratos de Trabajo a que se refiere la Ley serán a plazo determinado y tendrán una duración no mayor de tres años, pudiendo prorrogarse su-*

cesivamente por plazos no mayores a tres años". (Las negritas y el subrayado son nuestras)

Entonces, si partimos de una lectura literal y dejamos de lado la interpretación teleológica y la finalidad del legislador al regular este supuesto, nos exponemos a que, en la práctica administrativa y empresarial, se considere a una interpretación según la cual la contratación temporal del trabajador extranjero constituiría una regla imperativa, ajena al control propio del régimen general de contratación laboral.

Desde esta lectura –actualmente en ciertos sectores empresariales–, el límite temporal previsto en la normativa especial habría sido entendido como una habilitación para la reiteración sucesiva de contratos temporales. Bajo este enfoque, la temporalidad dejaría de responder a una causa objetiva vinculada a la naturaleza de la prestación de servicios y pasaría a operar como una consecuencia automática de la condición de extranjero del trabajador.

Esta interpretación podría resultar jurídicamente problemática –creemos por diversas razones. Así, creemos que el régimen especial de contratación extranjera no constituye una modalidad contractual autónoma dentro del derecho laboral, sino un régimen de habilitación administrativa y migratoria que regula los requisitos para que una persona extranjera pueda prestar servicios en el territorio nacional. La limitación temporal prevista por la LCPE responde, fundamentalmente, a consideraciones de control migratorio y de política de empleo, mas no introduce una causa objetiva de temporalidad laboral en los términos exigidos por el régimen general de contratación modal.

Como sabemos, en el derecho laboral peruano, la contratación a tiempo indeterminado constituye la regla general, siendo la excepción los contratos sujetos a modalidad. Es así que, la temporalidad del contrato solo resulta legítima cuando se sustenta en una causa objetiva real, conforme a las modalidades previstas de manera taxativa en el TUO del Decreto Legislativo N.º 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral. La presunción general es la contratación a plazo indeterminado cuando concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo: prestación personal de servicios, subordinación y remune-

ración (Pacori Cari, 2023). En ese sentido, la sola condición de extranjero del trabajador no puede operar como una causa autónoma de temporalidad laboral.

Adicionalmente, una interpretación que permita la prórroga sucesiva e indefinida del contrato de trabajo del trabajador extranjero, sin atender a la finalidad del régimen ni a la naturaleza real de la prestación de servicios, vacía de contenido el carácter excepcional del propio Decreto Legislativo N.º 689. La prórroga, concebida como una herramienta para acompañar procesos temporales de transferencia de conocimientos o de cobertura de déficits específicos del mercado laboral nacional, no puede ser entendida como una autorización implícita para la perpetuación de relaciones laborales estructuralmente temporales.

En contextos de permanencia prolongada del trabajador extranjero en el país (caracterizados por una inserción sostenida en el mercado laboral, el desarrollo de vínculos familiares, sociales y económicos, y una evidente vocación de residencia), la aplicación mecánica del régimen de temporalidad contractual revela un desajuste entre la finalidad originaria del régimen y la realidad fáctica de la relación laboral. En tales supuestos, la reiteración sucesiva de contratos temporales no responde ya a una lógica de excepcionalidad migratoria, sino que opera como un mecanismo de flexibilización del vínculo laboral que afecta la estabilidad del trabajador extranjero, colocándolo – a nuestro entender – en una situación de precariedad jurídica prolongada.

En consecuencia, la prórroga prevista en el artículo 5 de la LCPE no puede ser interpretada como una habilitación normativa para la instauración de una temporalidad ilimitada del contrato de trabajo del extranjero. Por el contrario, su aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y finalista, compatible con los principios de continuidad del vínculo laboral y de protección del trabajador, evitando que el régimen especial se convierta en un espacio de excepción permanente frente a las garantías propias del derecho del trabajo.

2. La temporalidad funcional como mecanismo de flexibilización laboral

Bajo la línea argumentativa esbozada y explicada a lo largo del presente artículo, podríamos señalar que la utilización del contrato temporal en el marco

del régimen de contratación de trabajadores extranjeros no puede ser analizada únicamente desde su dimensión formal, sino que exige una lectura teleológica y material de sus efectos sobre la estabilidad del vínculo laboral. En la práctica, la reiteración sucesiva de contratos a plazo determinado puede configurar una forma de temporalidad funcional, entendida como el uso estructural de la contratación temporal no para responder a necesidades objetivamente transitorias de la actividad productiva, sino como una herramienta de gestión empresarial orientada a flexibilizar el vínculo laboral y a reducir los costos asociados a la estabilidad en el empleo.

En el caso del régimen de contratación de trabajadores extranjeros, el carácter temporal del contrato puede adquirir una función instrumental dentro de las estrategias empresariales de flexibilización, al permitir una mayor facilidad para la desvinculación del trabajador, una reducción de los costos asociados al despido y una mayor capacidad de ajuste de la fuerza de trabajo frente a contingencias económicas. En este escenario, creemos que el trabajador extranjero podría convertirse en un sujeto especialmente vulnerable, no solo por su posición subordinada dentro de la relación laboral, sino también por su situación migratoria, que puede condicionar de manera significativa su permanencia en el país y su acceso efectivo a mecanismos de tutela de derechos laborales.

Esta situación se ve agravada cuando la temporalidad contractual se proyecta sobre relaciones laborales que, en los hechos, evidencian una prolongada continuidad en el tiempo y una inserción estable del trabajador en la organización empresarial. La reiteración sucesiva de prórrogas contractuales no revela, en estos casos, la concurrencia de una causa objetiva de temporalidad vinculada a necesidades transitorias de la empresa, sino más bien una utilización estructural del régimen especial de contratación de trabajadores extranjeros como mecanismo de gestión del vínculo laboral.

En tales supuestos, la temporalidad deja de responder a una finalidad excepcional y pasa a operar como un criterio diferenciado de regulación del vínculo laboral basado en la condición migratoria del trabajador, lo que plantea serias tensiones con los principios de igualdad de trato y de continuidad de la relación laboral propios del Derecho del Trabajo.

Esta problemática, creemos que se encuentra, principalmente, en aquellos supuestos en los que, además de la continuidad prolongada del vínculo laboral, el trabajador extranjero presenta una clara vocación de residencia en el país, la inserción social y familiar en el territorio nacional y la reiterada renovación de autorizaciones de permanencia y trabajo. En estos escenarios, la persistencia de un esquema de contratación exclusivamente temporal revela un desajuste entre la lógica administrativa del control migratorio —concebida originalmente para situaciones transitorias— y la realidad social de una relación laboral que se prolonga en el tiempo y se integra de manera estable en la dinámica productiva de la empresa.

Sin que ello suponga afirmar un derecho automático a la contratación a plazo indeterminado por la sola condición de residencia prolongada, estos supuestos permiten cuestionar la razonabilidad de una interpretación que habilite la prórroga indefinida del contrato temporal sin someterla al control propio del régimen general de contratación laboral.

40

Por lo expuesto, podemos señalar que, desde un enfoque crítico, este uso funcional de la temporalidad puede ser comprendido como una manifestación concreta de los procesos contemporáneos de flexibilización laboral, en los que determinados colectivos de trabajadores —como los migrantes— son incorporados al mercado de trabajo bajo esquemas contractuales más débiles, con menores garantías de estabilidad y mayor exposición a la arbitrariedad extintiva. Ello no solo tensiona el principio de igualdad de trato en el empleo, sino que también desnaturaliza la finalidad original del régimen de contratación de extranjeros, que no fue concebido como un mecanismo para segmentar el mercado de trabajo, sino como una herramienta excepcional para atender necesidades específicas del desarrollo productivo nacional.

En este sentido, la temporalidad funcional aplicada a los trabajadores extranjeros (en la problemática expresamente expuesta) revela una tensión estructural entre el régimen especial y los principios básicos del derecho laboral, ya que la utilización reiterada del contrato a plazo determinado podría utilizarse como una vía de flexibilización encubierta, incompatible con el principio de

continuidad del vínculo laboral y con la función tuitiva que hemos señalado a lo largo del artículo.

V. ¿EXCEPCIÓN LEGÍTIMA O PRECARIZACIÓN ENCUBIERTA?: ANÁLISIS AL USO PRÁCTICO DEL RÉGIMEN

1. La excepción como técnica normativa: justificación y límites

Bajo lo ya expresado, creemos que el diseño normativo del régimen especial analizado en el presente artículo, responde a una lógica de excepción legítima dentro del sistema laboral peruano. Hemos mencionado también que su finalidad originaria principalmente se vincula con el control migratorio, la protección del empleo nacional y la posibilidad de incorporar mano de obra extranjera cuando existan razones objetivas que lo justifiquen, como la transferencia de conocimientos especializados o la atención de necesidades específicas del mercado de trabajo.

En ese sentido, podemos concluir que este régimen especial no fue concebido como un estatuto laboral diferenciado en términos de derechos, sino como un mecanismo de habilitación administrativa que permite el acceso al trabajo en el territorio nacional bajo determinadas condiciones. Así, la excepción, solo debería ser legítima cuando responde a una finalidad objetiva, es proporcional al fin perseguido y no afecta el núcleo esencial de los derechos laborales.

De este modo, cuando la excepción se desvincula de su finalidad y se transforma en una regla de uso generalizado, se produce una desnaturalización del régimen especial, que deja de operar como una técnica normativa funcional y comienza a actuar como un factor estructural de diferenciación en perjuicio del trabajador extranjero.

2. Prácticas empresariales y riesgos de precarización

Uno de los problemas que se observan en la aplicación práctica del régimen especial, destaca la forma en que algunos empleadores interpretan las excepciones previstas en la LCPE. En particular, -tal como hemos señalado

expresamente- si bien la normativa permite contratar a determinados trabajadores extranjeros como nacionales (por ejemplo, el supuesto del extranjero con cónyuge peruano), la utilización del término “pueden ser contratados” en el artículo 3 del Reglamento de la LCPE ha sido entendida por algunos operadores como una habilitación meramente facultativa que deja un amplio margen de discrecionalidad empresarial.

Bajo esta lectura – creemos que excesivamente literal y formalista–, se opta por encuadrar a trabajadores extranjeros dentro del régimen especial incluso en supuestos en los que podrían ser contratados en condiciones equivalentes a las de un trabajador nacional, prescindiendo de cláusulas objetivas que justifiquen la temporalidad del vínculo o la aplicación diferenciada del régimen. En la práctica, ello puede traducirse en la aplicación automática de contratos temporales o en condiciones contractuales menos estables, no por razones funcionales vinculadas a la prestación de servicios, sino exclusivamente por la condición de extranjero del trabajador.

42

Esta interpretación resulta alarmante desde la perspectiva ya expuesta sobre el derecho laboral, en la medida en que vulnera principios protectores fundamentales. Desde esta perspectiva, podríamos decir que el problema no radica en la existencia misma de un régimen especial, sino en su uso práctico como un espacio de discrecionalidad que permite, en los hechos, establecer condiciones contractuales diferenciadas sin una justificación objetiva suficiente.

3. Igualdad, no discriminación y control material del régimen especial

Desde una óptica constitucional, la aplicación del régimen de contratación de trabajadores extranjeros no puede traducirse en un trato estructuralmente diferenciado que afecte el núcleo de los derechos laborales por razón de nacionalidad. El principio de igualdad y no discriminación, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, proscribe cualquier diferenciación basada en el origen o en “cualquier otra índole”, categoría dentro de la cual resulta posible subsumir la nacionalidad o la condición migratoria del trabajador cuando estas operan como factores de desventaja estructural en el acceso o permanencia en el empleo.

Asimismo, el artículo 26 de la Constitución consagra el principio de protección del trabajador, que orienta la interpretación de las normas laborales en favor de la parte más débil de la relación laboral. Este principio es esencial en la regulación laboral, ya que garantiza la tutela de la parte más débil en la relación laboral: el trabajador. En este contexto, el principio protector busca equilibrar la disparidad que históricamente ha existido entre empleador y trabajador, protegiendo a la parte más vulnerable. En el análisis en concreto, podríamos aplicar este principio, en la medida en que las situaciones de vulnerabilidad propias de la condición migratoria pueden intensificar la asimetría estructural existente entre empleador y trabajador. En tal sentido, las excepciones al régimen general de contratación solo pueden reputarse legítimas cuando se sustentan en razones objetivas, resultan proporcionales a la finalidad perseguida y no desnaturalizan el estándar mínimo de tutela laboral garantizado por el ordenamiento constitucional.

Bajo este razonamiento, el control del régimen especial no debe agotarse en la verificación de su legalidad formal, sino que, por el contrario, la exigencia de un control material de compatibilidad constitucional, que permita examinar si, en la práctica, su aplicación respeta los principios de protección, igualdad y no discriminación. Ello implica evaluar si la condición de extranjero se está utilizando como un criterio automático para justificar relaciones laborales más inestables o desprovistas de garantías mínimas, generando una segmentación estructural del mercado de trabajo. Como advierte Boza Pro (2011), los principios del derecho del trabajo son fundamentales para guiar la interpretación y aplicación de la ley, especialmente cuando existen disposiciones que pueden generar excepciones o flexibilidades.

En este sentido, creemos que cualquier diferenciación en el trato jurídico debe encontrarse estrictamente vinculada a la finalidad del régimen especial y superar un test de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que no se traduzca en una precarización indirecta de los derechos laborales. Como señala Pasco Cosmópolis (2012), el principio protector opera como un contrapeso frente a la desigualdad real existente en la relación laboral, evitando que las excepciones normativas se conviertan en espacios de flexibilización encubierta en perjuicio de colectivos, que, en este caso serían los trabajadores migrantes.

4. Entre la finalidad originaria del régimen y los nuevos contextos migratorios

Es preciso señalar en este análisis que la migración extranjera hacia el Perú no tenía el carácter masivo y estructural que ha adquirido en los últimos años. Como hemos mencionado reiteradas veces, su finalidad originaria respondía a una lógica de incorporación excepcional de trabajadores extranjeros, vinculada a necesidades específicas de la economía nacional y al control del impacto de la migración en el empleo local.

No obstante, los cambios en los flujos migratorios han alterado sustancialmente el contexto de aplicación de la norma. Hoy en día, por una inestabilidad política – nos atrevemos a decir en diversas partes del mundo- la contratación de trabajadores extranjeros ya no se limita – y creemos que tampoco se limitará- únicamente en escenarios de alta especialización o de transferencia de conocimiento, sino en sectores amplios del mercado laboral, lo que plantea interrogantes sobre la adecuación del régimen especial para regular situaciones de inserción laboral prolongada de personas extranjeras que desarrollan proyectos de vida estables en el país.

Este desajuste entre la finalidad originaria del régimen y los nuevos contextos migratorios genera el riesgo de que una norma pensada para situaciones excepcionales sea utilizada como un marco general de regulación de la contratación de colectivos migrantes, sin que el ordenamiento haya previsto mecanismos adecuados para responder a trayectorias de residencia y trabajo de largo plazo.

5. El caso de la migración venezolana como evidencia de la discrepancia entre la norma y la realidad social

Como ejemplo de la problemática planteada a lo largo del presente artículo, podemos mencionar el caso de la migración venezolana, que representa un ejemplo paradigmático de la discrepancia entre el diseño normativo de la LCPE y la realidad social actual. Según lo señalado por el PNUD, la crisis política y económica en Venezuela provocó un éxodo masivo hacia el Perú a partir del año 2017 (siendo inclusive el segundo mayor receptor de migrantes venezolanos

en el mundo) (PNUD,2022). En este contexto, un número significativo de migrantes venezolanos se incorporaron al mercado de trabajo peruano formal bajo el régimen previsto en la LCPE. Así, para el **año 2026, no son pocos los casos de personas que** han acumulado casi nueve años de permanencia en el país (y seguirán acumulando), habiendo desarrollado trayectorias laborales continuas, formado redes familiares y sociales, e incluso consolidado proyectos de vida en el territorio peruano.

No obstante, el régimen jurídico vigente no ha sido diseñado para reconocer ni canalizar adecuadamente estas trayectorias de inserción prolongada, ya que, no existía esa necesidad anteriormente. La reiteración de contratos temporales, aun cuando formalmente se ajuste a la normativa, termina configurando una situación de inestabilidad estructural que no responde ya a una finalidad de control migratorio de corto plazo, sino a una limitación normativa que no dialoga con la realidad social de procesos migratorios de larga duración.

Ahora bien, en el ejemplo en concreto, esta problemática se agrava por las dificultades para acceder a procesos de nacionalización, por ejemplo. Hoy en día, los requisitos económicos exigidos para la nacionalización resultan altamente difíciles, por no categorizarlos como inalcanzables para una parte importante de la población migrante formalmente empleada, cuyos ingresos se sitúan en niveles cercanos a la remuneración mínima vital, ya que según la II Encuesta a la Población Venezolana (ENPOVE), elaborada por el INEI, los trabajadores extranjeros perciben entre 25% y 30% menos que sus pares peruanos en el mismo puesto (El Tiempo, 2025). De este modo, se configura un círculo que perpetúa la condición de extranjería jurídica y, con ella, la aplicación reiterada de un régimen contractual de carácter temporal, incluso en escenarios de arraigo prolongado en el país.

En este ejemplo en concreto -que hoy en día es el caso venezolano- evidencia cómo una excepción normativa legítima puede transformarse, en contextos de migración estructural, en un mecanismo de precarización encubierta, no por una voluntad expresa del legislador, sino por la falta de actualización del régimen frente a nuevas realidades sociales. Ello refuerza la necesidad de repensar los límites y alcances del régimen de contratación de trabajadores extranjeros,

a fin de evitar que una técnica de excepción termine consolidando formas de desigualdad estructural en el mercado de trabajo.

Esta problemática ya la hemos comenzado a ver en nuestro sistema judicial, donde existen sentencias, como, por ejemplo, la del Juzgado de Trabajo Transitorio de Arequipa mediante la cual se destaca que, aunque -en ese caso en concreto- el trabajador había desempeñado funciones de naturaleza permanente en la empresa, la relación laboral no puede ser calificada como indefinida debido a las restricciones migratorias y laborales aplicables a los ciudadanos venezolanos. Específicamente, el Juzgado señaló que, conforme a las disposiciones legales, como el LCPE y la Resolución Ministerial N° 176-2018-TR, los trabajadores extranjeros de nacionalidad venezolana solo pueden ser contratados bajo modalidades temporales. Estas normativas establecen que el Permiso Temporal de Permanencia (PTP) otorgado a los trabajadores venezolanos habilita únicamente contratos bajo esta modalidad, lo que imposibilita que el trabajador pueda ser reincorporado bajo un contrato a plazo indeterminado, a pesar de haber realizado tareas de carácter permanente en la empresa.

46

De esta forma, el Juzgado advirtió que la naturaleza temporal del contrato se debe respetar debido a las restricciones legales y migratorias, lo que hace que las pretensiones del demandante sean improcedentes. En consecuencia, la demanda de desnaturalización del contrato y reposición del trabajador bajo un contrato indefinido no puede prosperar

VI. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS

El análisis del régimen jurídico de la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú evidencia que el Decreto Legislativo N.º 689 responde a una finalidad en una etapa específica de nuestra historia, vinculada al control migratorio, la protección del empleo nacional y la transferencia de capacidades al mercado de trabajo interno. Sin embargo, los profundos cambios en los flujos migratorios actuales (particularmente las olas migratorias de carácter masivo y prolongado que tenemos y seguiremos teniendo en el futuro) han puesto en alerta el diseño original de la norma, generando escenarios no previstos por el legislador.

En la práctica, podríamos decir que el régimen especial ha pasado de operar como un mecanismo excepcional de habilitación administrativa para la incorporación de mano de obra extranjera a convertirse, en determinados contextos, en una herramienta estructural de inserción laboral de poblaciones migrantes con vocación de permanencia en el país. Esta discordancia entre la finalidad normativa originaria y la realidad social actual se refleja, entre otros aspectos, en la reiteración prolongada de contratos temporales, en la utilización extensiva de prórrogas sucesivas y en la aplicación automática del régimen especial incluso en supuestos en los que el propio ordenamiento habilita la contratación del trabajador extranjero en condiciones equiparables a las de un trabajador nacional.

En ese sentido, este escenario plantea el riesgo de que el régimen especial funcione como un mecanismo de diferenciación contractual, sin una justificación funcional suficiente, termine consolidando un segmento de trabajadores más expuesto a la inestabilidad laboral. Ello resulta problemático no solo desde la perspectiva de los principios laborales de protección, igualdad y no discriminación, sino también desde una lógica de política pública, en la medida en que desincentiva procesos de integración social y laboral de personas migrantes que, en los hechos, desarrollan proyectos de vida en el país.

En este marco planteado, creemos que resulta necesario repensar el régimen de contratación de trabajadores extranjeros no desde una lógica de exclusión o de prohibición de acceso al empleo estable, sino desde un enfoque de articulación entre política migratoria, política laboral y realidad socioeconómica. Ello implica reconocer que la temporalidad prevista en la LCPE no puede ser interpretada como una habilitación de precarización indefinida, sino como un instrumento que debe operar dentro de los límites del derecho laboral como ordenamiento protector.

A partir de lo expuesto, se plantean las siguientes propuestas de mejora normativa e interpretativa:

1. Criterios de evaluación en supuestos de permanencia prolongada y arraigo

En contextos de permanencia prolongada en el país (como ocurre en determinados colectivos de trabajadores migrantes que han residido y laborado en el Perú por varios años) podría incorporarse un criterio de evaluación administrativa que tome en cuenta el arraigo social, familiar y laboral del trabajador extranjero, a efectos de evitar que la temporalidad contractual se convierta en un estado permanente de precariedad jurídica.

2. Revisión del carácter facultativo de las excepciones al régimen especial

La interpretación empresarial del término “pueden ser contratados” en el Reglamento de la LCPE como una facultad discrecional para mantener al trabajador dentro del régimen especial incluso cuando podría ser contratado en condiciones equiparables a las de un trabajador nacional debería ser objeto de una reinterpretación restrictiva o de una precisión normativa, orientada a evitar usos estratégicos del régimen especial como mecanismo de flexibilización laboral.

48

En suma, el desafío no consiste en cuestionar la legitimidad del régimen especial de contratación de trabajadores extranjeros como tal, sino en reencauzar su aplicación práctica dentro de los límites del derecho laboral como derecho de tutela, evitando que una herramienta diseñada para atender finalidades específicas termine operando, en los hechos, como un dispositivo de precarización estructural en contextos migratorios contemporáneos.

VII. REFERENCIAS

- Ataca Ugaz, M. L., & Galindo Valer, V. (2014). La contratación de trabajadores extranjeros en el Perú: procedimiento y convenios suscritos por nuestro país que facilitan la contratación. *THĒMIS – Revista de Derecho*, (65), 161–172.
- Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Constitución Política del Perú. (1993).
- Decreto Legislativo N.º 689. (1997). *Ley de contratación de trabajadores extranjeros*.

Decreto Supremo N.º 003-97-TR. (1997). Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Decreto Supremo N.º 014-92-TR. (1992). Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros.

El Tiempo. (2025, agosto 17). Extranjeros deberán ganar casi cuatro sueldos mínimos para obtener la nacionalidad peruana. <https://eltiempo.pe/nacional/extranjeros-deberan-ganar-casi-cuatro-sueldos-minimos-para-obtener-la-nacionalidad-peruana/>

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2025). Encuesta Nacional de Hogares. INEI.

Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., & García Murcia, J. (2000). Derecho del Trabajo. Madrid: Editorial Tecnos.

Neves Mujica, J. (2018). Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Pasco Cosmópolis, M. (2012). El principio protector en el Derecho del Trabajo y su aplicación en el proceso laboral. En Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez (pp. 123–145). Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley.

PNUD. (2022). Migración reciente hacia el Perú: situación, respuestas de política y oportunidades. Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela.

Pacori Cari, J. M. (2023). Los elementos del contrato de trabajo. LP Derecho.

Sanguinetti Raymond, W. (1996). El Derecho del Trabajo como categoría histórica. *Ius et Veritas*, (12), 155–167.

Vásquez Luque, T., & Aguilar Lluncor, D. (2022). Contribuciones de las migraciones recientes al desarrollo sostenible: el caso de Perú. En J. Martínez Pizarro & M. V. Cano Christiny (Eds.), *Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible. Estudios en países seleccionados* (pp. 42–61). Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Repensando a la contratación a plazo fijo en el Perú

Rethinking fixed-term contracts in Peru

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS*

Abogado y magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia
Universidad Católica del Perú
Correo electrónico: cpuntriano@munizlaw.com
Código ORCID: 0000-0002-4814-0112

RESUMEN: A casi 40 años de la introducción de los contratos a plazo fijo, o de duración determinada en nuestro ordenamiento, que han pasado de ser una excepción legal a una regla en la práctica contractual laboral, conviene analizar críticamente su regulación así como comentar algunos criterios judiciales o administrativos que pueden resultar polémicos pues plantean requisitos no previstos en el ordenamiento vigente, lo cual genera mayores dificultades al momento de emplear esta modalidad de contratación.

ABSTRACT: Almost 40 years after the introduction of fixed-term contracts in our legal system, which have gone from being a legal exception to a rule in labor contract practice, it is worthwhile to critically analyze their regulation as well as comment on some judicial or administrative criteria that may be controversial because they raise requirements not foreseen in the current regulations, which generates greater difficulties when using this type of contract.

PALABRAS CLAVE: Contratos a plazo fijo, realidad, laboral, temporal, trabajo.

KEY WORDS: Fixed-term contracts, reality, labor, temporary.

Recibido: 02/02/2026

Aceptado: 14/03/2026

Publicado en línea: 30/03/2026

SUMARIO: I. A manera de introducción: antecedentes y contexto general. II. Análisis de la regulación actual de los contratos a plazo fijo y su aplicación. 1. *La causa objetiva que habilita el uso de los contratos a plazo fijo.* 2. *Las modalidades de contratación.* III. Conclusiones. IV. Referencias.

* Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Docente Universitario.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES Y CONTEXTO GENERAL

Es absolutamente conocido que nuestro ordenamiento prefiere a la contratación laboral indefinida o indeterminada, y como antecedente nos remitimos al Decreto Ley N.° 18138 (año 1970), por el cual el Gobierno Militar de esa época reguló a la contratación temporal o de duración determinada como excepción, estableciendo que dichos contratos solamente procedían para cubrir actividades de naturaleza temporal o accidental previamente comprobadas

Según Puntriano (2014), una primera manifestación de la tendencia hacia la flexibilidad de la contratación laboral se observa con la expedición del Decreto Ley N.° 22342 de noviembre de 1978, vigente hasta la actualidad, que facilitó la contratación en forma temporal y sin límite alguno de trabajadores en empresas dedicadas a la exportación de productos no tradicionales. Posteriormente en julio de 1986 se creó el Programa Ocupacional de Emergencia (PROEM), vigente hasta diciembre de 1990, el cual validó la contratación de personal a plazo determinado sin exigencia de expresión de causa.

La flexibilidad mencionada se revela con mayor fuerza a inicios de la década de los noventa, a partir de la aprobación del Decreto Supremo N.° 077-90-TR, reglamento del Decreto Ley N.° 18138, que contempló un conjunto de modalidades de contratación temporal, y la Resolución Ministerial N.° 430-90-TR que facilita los trámites de aprobación de los contratos a plazo fijo.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Fomento del Empleo de 1991, reguló los denominados “contratos sujetos a modalidad”, figuras que se mantienen hasta la actualidad, contemplando nueve (9) tipos de contratos de duración determinada, refiriéndose a dos (2) comprendidos en regímenes especiales y uno (1) de regulación abierta¹.

1 Artículo 82°.- Otras contrataciones bajo modalidad
“Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse”.

Campana (2000) considera que este incremento de modalidades de contratación determinada, que vino a constituir una de las medidas flexibilizadoras de la década de los años noventa puede resultar cuestionable, tanto por precarizar e individualizar las relaciones laborales como por fortalecer aún más la posición del empleador frente al trabajador, pero, no es menos cierto que la introducción de esquemas de estabilidad laboral por decisión jurisprudencial, no previstas en la normativa, ha generado un aumento en el empleo de este tipo de contratos y muchas veces su uso es visto como una salida ante la rigidez que supone esquemas como el existente en materia de protección contra el despido.

El despido sin causa justa (incausado) o sin que la misma pueda probarse en un proceso judicial laboral (injustificado), expone al empleador a que, en aplicación de los artículos 34º y 38º del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. N.º 003-97-TR (LPCL) se genere a favor del trabajador el derecho al pago de una indemnización equivalente a 1.5 remuneraciones mensuales por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones, como única reparación. Excepcionalmente, de producirse una violación de algún derecho constitucional, como la libertad sindical, o la igualdad, de acuerdo con las causales previstas taxativamente en el artículo 29º de la LPCL², el trabajador podrá formular una demanda de nulidad de despido. De ampararse su demanda, se ordenará la reposición en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, el trabajador opte por la indemnización establecida en el artículo 38 de la LPCL. Además, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el cese, con deducción de

2 Estas causales son:

- a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- b. Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad
- c. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f. del Artículo 25 de la LPCL, es decir, la injuria y faltamiento de palabra en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores).
- d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 6º de la Ley N° 26626, es nulo el despido laboral cuando la causa es que el trabajador sea portador del VIH /SIDA.

los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes, así como los depósitos correspondientes a la Compensación por Tiempo de Servicios y, de ser el caso, con sus intereses (Artículos 34º segundo párrafo y 40º de la LPCL).

De una revisión de este modelo de protección contra el despido previsto en la LPCL se concluye que no resulta contrario al texto constitucional³.

Sin embargo, de manera excluyente a la indemnización por despido arbitrario, el Tribunal Constitucional (TC) ha generado primeramente doctrina jurisprudencial⁴ y luego un precedente vinculante sobre esta materia en el que considera viable la reposición ante un despido. En efecto, en la sentencia recaída en el expediente N.º 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de diciembre de 2005, en adelante “Caso Baylón”. De acuerdo con este precedente, el TC dispuso que el proceso de amparo dirigido a cuestionar un despido procede en los siguientes supuestos: (i) ante un despido incausado, es decir, cuando no exista imputación de causa justa de despido, sea el despido verbal o escrito⁵, (ii) ante un despido fraudulento, es decir, aquel en que se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, (iii) ante un despido nulo. El TC reafirma esta postura en la sentencia recaída en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco⁶ (Expediente 976-2001-AA/TC),

3 La Constitución de 1993 dispone en su artículo 27 que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Esta disposición recoge un “derecho de configuración legal”, es decir, existe una remisión al legislador para que éste sea quien determine cuál es el nivel adecuado de protección contra el despido.

4 Los pronunciamientos citados son los referidos al proceso de Amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding (Expediente N.º 1124-2001-AA/TC) y al expediente N.º 976-2001-AA/TC, proceso de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. En ambos casos, el TC determinó una nueva tipología de despidos que permite al trabajador afectado iniciar un proceso constitucional de amparo para obtener su reposición y obtener así una reparación en la lesión a su derecho constitucional al trabajo.

5 Entonces, desde el punto de vista del TC, el trabajador que sea despedido de forma incausada o arbitraria, tiene la opción de elegir entre la vía judicial ordinaria, demandando el pago de una indemnización, y la vía procesal constitucional para lograr la reposición en su puesto de trabajo. Luego la Corte Suprema señaló que la reposición por despido incausado o fraudulento puede plantearse en la vía laboral ordinaria.

6 Esto puede constatarse en el Fundamento 16 de la sentencia del Caso Baylón en la que se expresa lo

confirmándose de ese modo que es procedente el proceso de amparo cuando un despido se origine de los motivos prohibidos previstos en el artículo 29º de la LPCL, es decir, el despido que se sustenta, entre otros motivos, en cuestiones antisindicales, en el estado de gravedad de la trabajadora, como represalia del empleador por un reclamo iniciado por el trabajador, contra un trabajador con VIH-SIDA, por su condición de discapacidad.

En posteriores pronunciamientos, el Tribunal ha indicado que los trabajadores que desde el inicio de su relación laboral ocupen puestos de confianza poseen estabilidad relativa, no pudiendo ser repuestos ante un despido sin causa justa⁷, ni tampoco requerir el pago de una indemnización por despido arbitrario⁸.

Por lo tanto, en orden a lo señalado por el TC, un trabajador que sufra un despido sin causa justa tiene dos opciones: i) demandar el pago de una indemnización por despido; o requerir su reposición en el empleo a través de un proceso constitucional de amparo basándose en el precedente del TC; o, ii) plantear su reposición en un proceso ordinario laboral si es que su despido adolece de nulidad⁹. Cabe señalar que, a partir lo acordado por los vocales de la Corte Suprema en el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral (2012), los jueces laborales son competentes para conocer, en la vía ordinaria,

siguiente: “(...) Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo el amparo será procedente por las razones expuestas considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos (...)”

- 7 Entiéndase a través de un proceso de amparo. Véase caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), Expediente N.º 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007.
- 8 Expediente N.º 3052-2009-PA/TC, proceso de amparo seguido por Yolanda Lara Garay y otras contra el Gobierno Regional del Callao, en el cual el TC señaló que los empleadores debían consignar de manera separada la indemnización por despido arbitrario y los beneficios sociales generados a favor del trabajador con ocasión de su cese (beneficios truncos).
- 9 Esto resulta aplicable al trabajador sujeto al régimen privado, pues un trabajador estatal sujeto al régimen laboral público deberá primero agotar la vía administrativa y luego plantear una demanda contencioso administrativa, conforme a la conclusión del propio TC en el precedente correspondiente al Caso Baylón. Excepcionalmente, anota el TC, solo procederá el amparo en defecto de dicha posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental.

aquellas demandas de reposición en las que se plantee que el cese obedeció a un despido incausado o a uno fraudulento.

Y, de manera adicional a la reposición, a partir de jurisprudencia emitida por la Corte Suprema en la Casación 139-2014-LA LIBERTAD, Casación 699-2015 LIMA, el empleador se arriesga a la interposición de una demanda judicial de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el despido, que es adicional inclusive a la pretensión de pago de indemnización por despido arbitrario; ante lo cual el Juez puede ordenar adicionalmente el pago de una suma por los daños punitivos a manera de sanción al empleador cuyo monto máximo equivaldrá a la suma dejada de aportar por el ex trabajador al sistema de pensiones al que se encontraba afiliado mientras estuvo despedido. La indemnización por daños y perjuicios comprende los gastos generados por el despido (daño emergente), las ganancias no percibidas (lucro cesante) y el perjuicio psicológico ocasionado por el despido (daño moral). Este último extremo no es excluyente con la pretensión de pago de indemnización por despido arbitrario.

El panorama descrito ha llevado a que los empleadores empleen con mayor intensidad los contratos a plazo fijo (Jaramillo, 2019) tal y como se advierte del siguiente cuadro obtenido del boletín “leyendo números” del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo:

TRABAJADORES (*) DEL SECTOR PRIVADO POR MESES, SEGÚN TIPO DE CONTRATO

2023						
	TIPO DE CONTRATO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	PROMEDIO
01	A PLAZO INDETERMINADO	1 224 900	1 221 503	1 223 803	1 238 615	1 227 205
02	A TIEMPO PARCIAL	168 704	185 562	186 556	198 770	184 898
03	POR INICIO O INCREMENTO DE ACTIVIDAD	747 719	753 261	754 707	765 355	755 261
04	POR NECESIDADES DEL MERCADO	603 049	607 758	611 096	615 694	609 399
05	POR RECONVERSIÓN EMPRESARIAL	3 984	3 976	4 003	3 986	3 987
06	OCASIONAL	5 596	5 734	5 966	6 022	5 830
07	DE SUPLENCIA	7 969	8 071	8 045	8 057	8 036
08	DE EMERGENCIA	5 936	5 743	5 051	4 844	5 394
09	PARA OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO	756 790	763 928	768 448	777 419	766 646

2023						
TIPO DE CONTRATO		AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	PROMEDIO
10	INTERMITENTE	305 761	312 172	328 081	357 576	325 898
11	DE TEMPORADA	64 224	64 045	69 190	77 476	68 734
12	DE EXPORTACIÓN NO TRADI- CIONAL D. LEY 22342	69 439	76 555	86 074	91 654	80 931
13	DE EXTRANJERO - D. LEG. 689	13 146	13 045	13 151	13 323	13 166
18	A DOMICILIO	111	103	103	99	104
19	FUTBOLISTAS PROFESIONA- LES	699	673	521	268	540
21	MIGRANTE ANDINO DECISIÓN 545	755	745	751	719	743
99	OTROS NO PREVISTOS	65 520	68 215	69 357	71 126	68 555
	NO DETERMINADO	12 897	13 361	13 367	13 746	13 343
	TOTAL	4 057 199	4 104 450	4 148 240	4 244 749	4 138 667

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO - MTPE
PLANILLA ELECTRÓNICA / T-REGISTRO Y LA PLAME
ELABORACIÓN: MTPE - OGETIC - OFICINA DE ESTADÍSTICA
(*) REFERIDO A PUESTOS DE TRABAJO DECLARADOS EN PLANILLA ELECTRÓNICA

Pero, dicho uso masivo no supone una mejora a la regulación, la cual es técnicamente deficiente, y si a ello le sumamos una visión bastante restrictiva de las autoridades al momento de evaluar los contratos, nos encontramos ante un panorama que, sin duda, genera más complejidad en nuestras relaciones laborales.

De ello nos ocuparemos en el acápite siguiente.

II. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS CONTRATOS A PLAZO FIJO Y SU APLICACIÓN

De forma general, la contratación a plazo fijo se encuentra regulada en los artículos 53° y siguientes de la LPCL¹⁰, comprendiendo las siguientes modalidades:

10 Aunque el régimen de contratación para la exportación no tradicional no es materia de análisis en esta investigación, al tratarse de un contrato temporal especial regido por sus propias normas, resulta importante brindar algunas referencias sobre la manera en que el legislador peruano lo ha regulado:
El Decreto Ley N.° 22342 prevé un régimen de contratación laboral especial para las empresas que se dediquen a la exportación de productos no tradicionales.
El citado régimen especial de contratación laboral faculta a las empresas industriales de exportación no tradicional que exporten -directamente o por intermedio de terceros- el 40% del valor de su producción anual efectivamente vendida, a contratar personal eventual en el número que requieran y cuantas veces sea necesario, siempre que cuenten con un contrato de exportación y con un programa de producción de exportación para satisfacer el contrato.

Modalidad contractual	Causa objetiva	Duración máxima
Por inicio o incremento de actividad (artículo 57° LPCL)	Inicio de una nueva actividad empresarial o el incremento de una ya existente. La causal se sustenta en el riesgo que puede suponer el inicio de una nueva actividad o apertura de un establecimiento; así como la naturaleza temporal de un posible incremento de las actividades que no puede ser cubierto con el personal permanente de la empresa.	3 años
Por necesidades del mercado (artículo 58° LPCL)	Un incremento coyuntural de la producción originada por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado. La causal se sustenta en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva.	5 años
Por reconversión empresarial (artículo 59° LPCL)	La sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos.	2 años
Accidental-ocasional (artículo 60° LPCL)	Las necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo.	6 meses al año

Los contratos de trabajo celebrados al amparo de este régimen especial de contratación laboral deben observar las siguientes formalidades:

- a) Forma escrita;
- b) Señalar específicamente la labor a efectuarse y el contrato de exportación, orden de compra o documento que la origine;
- c) Presentación en triplicado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince (15) días naturales posteriores a su celebración, adjuntando el contrato de exportación o cualquier otro documento que acredite la condición de exportadora de la empresa.

La autoridad administrativa de trabajo tendrá sesenta (60) días para pronunciarse respecto de los contratos de trabajo presentados para su aprobación, si no lo hace se tendrán por aprobados. Si transcurridos sesenta (60) días no se pronuncia respecto de los contratos presentados, éstos se tendrán por aprobados.

En cuanto a los derechos laborales que corresponden a estos trabajadores, se considerarán los reconocidos por el régimen laboral de la actividad privada.

Por consiguiente, en atención a la naturaleza de este régimen legal, la contratación de personal bajo esta modalidad debe estar estrechamente vinculada a la actividad de exportación y al programa respectivo. En ese sentido, se deberán evaluar los puestos a cubrir bajo esta modalidad a fin de determinar si su empleo es apropiado.

Modalidad contractual	Causa objetiva	Duración máxima
Suplencia (artículo 61° LPCL)	La necesidad de sustituir temporalmente a otro trabajador estable en la empresa, cuyo vínculo se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente o disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo, como por ejemplo, el descanso vacacional.	La que resulte necesaria según las circunstancias.
Emergencia (artículo 62° LPCL)	La existencia de necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor.	Dependerá de la duración de la emergencia.
Obra o servicio específico (artículo 63° LPCL)	La realización de una obra o servicio con objeto previamente establecido y de duración determinada.	La que resulte necesaria para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación.
Intermitente (artículo 64° LPCL)	La naturaleza discontinua de las actividades de la empresa aun cuando sean permanentes.	Mientras subsista la causa objetiva
De temporada (artículo 67° LPCL)	La existencia de ciertas necesidades empresariales que se cumplan sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva.	Lo que dure la temporada

1. La causa objetiva que habilita el uso de los contratos a plazo fijo

Antes de comentar las modalidades de contratación a plazo fijo nos detendremos en un aspecto que consideramos ha venido siendo abordado con excesiva rigidez por parte de los Jueces Laborales y de los inspectores de SUNAFIL. Nos referimos a la causa objetiva que debe emplearse como sustento en los contratos.

Dado que la contratación a plazo indefinido es una de las expresiones del Principio de Continuidad, la contratación a plazo fijo se configura como una excepción de este principio. Así, conceptualmente, podemos indicar que la contratación a plazo fijo esta relacionada con otro principio del Derecho del Trabajo, es decir, el Principio de Causalidad, el cual solo válida el uso de estos contratos si su objeto consiste en el desarrollo de labores limitadas en el tiempo, sea por la existencia de circunstancias particulares o por la naturaleza temporal o

accidental del servicio a prestar¹¹. De ese modo, es fundamental que el empleador sustente la presencia de una causa objetiva que lo habilita para contratar a sus trabajadores por tiempo determinado.

La LPCL en su artículo 72 señala como requisito formal para la validez de los contratos a plazo fijo, que “(...) *necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral*”. Luego, su artículo 73 dispone que, “(...) *la Autoridad Administrativa de Trabajo podrá ordenar la verificación de los requisitos formales a que se refiere el artículo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 77, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido.*”

El artículo 77-d) por su parte establece que los contratos a plazo fijo se entenderán como indeterminados “(...) *cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley (...)*”.

60

Una lectura en conjunto de las disposiciones citadas nos llevaría a considerar que la falta de forma escrita, el hecho que no se redacte por triplicado (actualmente solo bastaría por duplicado porque ya no es obligatorio registrarlo), que no se consigne expresamente su duración, ni tampoco las causas objetivas determinantes de la contratación u otras condiciones de la relación laboral convertirían a esta relación a plazo fijo en indeterminada. Nos parece excesivo, temas formales como el que se suscriba por triplicado o se omitan otras condiciones no deberían llevar a que sea indeterminado.

La cuestión en debate es la “consignación” de las causas determinantes de la contratación. Consignar supone establecer, estipular, anotar¹², por lo que esta exigencia legal quedaría cumplida si el empleador desarrolla las razones, verosímiles, por cierto, que lo llevan a emplear un determinado contrato a plazo fijo. Lamentablemente, lo que vemos es una tendencia de exigir un detalle extremo en la redacción de la causa objetiva, declarando que los contratos a plazo fijo

11 Véase Casación N° 1817-2004- PUNO de 11 de julio de 2006.

12 <https://dle.rae.es/consignar#sinonimosAPuknpF>

pasan a ser indeterminados cuando a criterio del inspector o del Juez la causa objetiva ha sido redactada de manera genérica, impidiendo al empleador que pueda demostrarla en un procedimiento inspectivo o proceso judicial.

A guisa de ejemplo podemos citar a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N.º 05286-2015-PA/TC, 03623-2012-PA/TC, que declaran que la desnaturalización procede cuando no existe causa objetiva o ésta no está adecuadamente acreditada. Casación Laboral N.º 2706-2022, N.º 11862-2015- Arequipa, N.º 4319-2016- Moquegua, N.º 17101-2015- Callao, N.º 15554-2014, entre otras.

Y en lo que a SUNAFIL se refiere conviene recordar a la resolución N.º 015-2023-SUNAFIL/TFL, precedente de observancia obligatoria, que dispuso que la causa objetiva debe ser especificada en el contrato primigenio, por lo que en su defecto no cabe ajuste ni corrección posterior.

Vemos una posición muy subjetiva, ya que cabe preguntarnos, ¿cuánto puede conocer un inspector o un Juez de la actividad empresarial para opinar sobre un sustento técnico y considerarlo genérico? Sin duda puede resultar excesivo y merece una reflexión.

61

2. Las modalidades de contratación

En este numeral comentaremos los principales contratos a plazo fijo.

A) El contrato por inicio, incremento o lanzamiento de una nueva actividad (artículo 57 de la LPCL)

El carácter temporal de este contrato se origina de la incertidumbre de la nueva actividad empresarial (Sanguinetti, 1999. p.35) no así en su naturaleza, pues puede emplearse para cubrir actividades ordinarias y permanentes que normalmente deberían dar lugar a contratos indeterminados.

Se ha cuestionado su empleo cuando el empleador incursiona en proyectos adicionales (incremento de actividades existentes) pues el riesgo del éxito o fracaso de dichos proyectos no debe ser trasladado al trabajador pues este labora por cuenta de aquél (trabajo por cuenta ajena). Sin embargo, no perdamos de vista que nuestro país contiene normas que quiebran la regla de ajenidad cuando exigen al empleador el reparto de un porcentaje de sus rentas al trabajador¹³ pese a que las ganancias le corresponden al titular (ajenidad en los frutos) y la doctrina guarda silencio. Además, la dinámica empresarial actual no hace irrazonable en que se comparta el riesgo del negocio al menos durante un lapso, que podría no ser los tres años para el aumento de actividades existentes sino un lapso menor.

Conviene citar la Casación Laboral N.º 26955-2022- Lima Este, en la cual la Corte Suprema objeta la validez de un contrato a plazo fijo por incremento de actividades señalando que deben confluir tres requisitos para la validez de esta modalidad contractual: primero, que se haya producido una efectiva ampliación de actividades a la que se dedica la empresa, excluyéndose la mera introducción de cambios en procesos o líneas de producción ya existentes; segundo, que esta ampliación represente la introducción de un elemento innovador que detente un nivel de riesgo o incertidumbre no habitual en cuanto a su aceptación en el mercado; y, tercero, carecer de las condiciones para llevar a cabo la actividad con el personal ya contratado.

Compartimos parcialmente lo afirmado en la ejecutoria bajo comentario, que no tiene la condición de precedente de observancia obligatoria, en tanto, la normativa no hace referencia a elemento innovador ni a riesgo o incertidumbre en cuanto a la aceptación de la ampliación de actividades por parte del mercado. Toda ampliación o incremento de actividades supone riesgo, ello es evidente, pero no necesariamente innovación. Además, la regulación se refiere a incremento de actividades existentes no a innovación.

13 Nos referimos a la regulación sobre la participación legal en las utilidades, Decreto Legislativo N.º 677, 892°, D.S. N.º 009-98-TR.

B) El contrato por necesidades del mercado (artículo 58° de la LPCL)

Para celebrar este contrato, su objeto debe responder a una lógica coyuntural o de transitoriedad, de naturaleza exógena, es decir, como consecuencia de factores originados en el mercado y no de una causa interna de la organización empresarial. En consecuencia, este contrato procede cuando las variaciones sean imprevisibles, debido a que no existe razonablemente la posibilidad de anticipar o prever el incremento de actividades empresariales.

Cabe anotar que en caso de que el incremento sea previsible, corresponde emplear la modalidad contractual de inicio o lanzamiento de nueva actividad.

A diferencia del contrato anterior el diseño estructural de esta modalidad sí corresponde a actividades temporales, de coyuntura motivadas en hechos imprevisibles, por lo que consideramos que no debería contemplarse un plazo máximo, sino que su duración debe ser la que se requiera para afrontar el hecho fortuito o de fuerza mayor que motiva su celebración.

Un apunte adicional es que este contrato es uno de los que más se emplea, lo cual obedece a su plazo prolongado de cinco años. Lamentablemente en nuestra experiencia su uso no es el más adecuado pues no resulta recurrente que se presenten situaciones fortuitas o de fuerza mayor en el mercado local que incrementen la necesidad de contratar personal. Esta afirmación desde luego excluye lo ocurrido con la pandemia del COVID-19 que nos golpeó fuertemente los años 2020 y 2021 y que para ciertos sectores generó la necesidad de contratar personal adicional por el aumento, imprevisible sin duda, de la demanda de sus productos y/o servicios en el mercado local. Pensemos en las empresas que comercializan equipos de protección personal (mascarillas, guantes, uniformes, etc.), las que realizaban pruebas COVID (laboratorios, centros médicos), o las propias instituciones de salud que venían incrementada la demanda de sus servicios. Ello, fue sin duda una excepción.

A través de la Casación N.° 9454-2014-Ica, la Corte Suprema ha manifestado que *“se produce la desnaturalización del contrato por necesidad de mercado cuando no se sustenta el incremento de la producción coyuntural; así como la necesi-*

dad de que las variaciones de la demanda tengan carácter sustancial, lo que supone rechazar de su contenido cualquier fluctuación del mercado que no sea necesaria y significativa”.

Importante casación que recoge la obligación empresarial de acreditar la causa objetiva que sustenta la contratación a plazo fijo.

Sobre este tipo de contratos, el TC, en el Expediente N.º 02515-2008-PA/TC ha previsto lo siguiente, “*el artículo 58º del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral regula los contratos modales por necesidades del mercado, es decir, aquellos que se celebran con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción, originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que forman parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Asimismo, dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.*”

64

Continúa el TC analizando que, en el caso concreto, la demandada no ha logrado explicar ni sustentar en documentos la preexistencia de una necesidad de mercado que sirva para justificar la contratación de personal, lo que conllevaría a que el contrato se desnaturalice.

Concordamos con el TC, precisando que el término “documentos” debe entenderse por su acepción procesal, prevista en el Código Procesal Civil, el cual define al documento como todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho (artículo 233), y los clasifica en “públicos o privados, impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado” (artículo 234). Opinamos que además de estos documentos, el empleador podrá recurrir a cualquier medio probatorio lícito que le permita legitimar el uso de contratos a plazo fijo.

C) El contrato por reconversión empresarial (artículo 59° de la LPCL)

Este contrato revela una contradicción existente en la normativa pues, por un lado, la variación tecnológica o cambio estructural habilita la contratación de personal adicional, mientras que la propia legislación autoriza el cese colectivo de trabajadores por motivos tecnológicos o estructurales (artículos 46 y 48 de la LPCL).

Esta modalidad de contratación laboral no tiene por objeto atender situaciones y/o circunstancias originadas del mismo mercado, sino contar de forma temporal con trabajadores para que intervengan en procesos de sustitución, ampliación o modificaciones de las actividades de la empresa, y, en general, en cualquier variación de carácter tecnológico que recaiga en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procesamiento productivo y administrativo.

Como hemos destacado anteriormente, aquí el tenor de la temporalidad no está claramente definido. Efectivamente, esta contratación implicaría que de resultar irreversible la transformación o modificaciones de la estructura de la empresa, los trabajadores se encarguen de manera indefinida de las actividades para las que fueron contratados. No obstante, nuevamente, el legislador ha optado por atribuirles temporalidad a estos contratos de trabajo (Puntriano 2019, p. 135).

D) El contrato ocasional (artículo 60° de la LPCL)

Este contrato, es propiamente accidental y opera ante labores temporales per se, “*cuyo carácter eventual se deriva de su falta de correspondencia con la dinámica normal de la organización productiva*”. (Sanguineti, 1999, p. 48).

Lo que llama la atención es su duración pues la normativa señala que esta es de seis meses al año, no de seis meses, por lo que podría ocurrir que se emplee de manera consecutiva faltando seis meses para culminar un año y empalmándolo con los primeros seis meses del siguiente, con lo que el plazo sería de doce meses.

Notemos que este contrato debe utilizarse para labores ajenas a la dinámica habitual de la empresa, es decir, actividades eventuales, ya que si se trata de una necesidad transitoria que se relacione con la dinámica habitual podrá emplearse el contrato por obra determinada o servicio específico, el ya mencionado contrato por reconversión empresarial si la causa objetiva se ajusta a alguno de sus supuestos o por el contrato innominado regulado en el artículo 82 de la LPCL.

Entonces, se podrá recurrir a esta figura para atender labores no habituales de la empresa. Para determinar qué labores se encuentran englobadas en este tipo contractual es importante definir qué se entiende por labores “habituales”, lo cual no debe ser interpretado de forma estricta. En efecto, tareas periódicas de la empresa, como la revisión y reparación de maquinarias, representarían actividades habituales que no podrían ser contratadas bajo esta modalidad.

E) El contrato de suplencia (artículo 61° de la LPCL)

Este contrato es muy utilizado, siendo ejemplos típicos de su empleo cuando el trabajador titular del puesto de trabajo hace uso de sus vacaciones, goza una licencia o de su descanso pre o post natal.

Inclusive si un trabajador de otra área se ausenta y el trabajador titular cubre su puesto temporalmente, resulta viable que un suplente reemplace a este último. Ello se presenta cuando la posición a reemplazar resulta de tal complejidad que solamente puede cubrirse con personal propio sin recurrir a trabajadores ajenos a la organización.

Un aspecto que comentar en este contrato se refiere a la referencia a “trabajador estable” o a “puesto de trabajo estable” contenida en el artículo 61 de la LPCL, el cual citamos textualmente: “(...) Artículo 61.- El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que este sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. (...) En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puestos

de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo”.

Somos de la opinión que la denominación “trabajador estable” o “puesto de trabajo estable” también comprende al personal contratado a plazo fijo y no exclusivamente al indeterminado, pues aquél cuenta con estabilidad laboral mientras su contrato rija (artículo 79 de la LPCL).

Otro aspecto en el que la norma no se condice con la realidad se relaciona con la necesaria coexistencia laboral del trabajador titular con el suplente en algunos roles. Por ejemplo, si el trabajador titular del puesto de trabajo se va a ausentar de manera prolongada y, para dar continuidad y orden al trabajo, se requiere que ambos laboren simultáneamente antes del inicio del período de suplencia y luego ocurra una entrega de cargo al retorno del titular. Como está regulado el contrato de suplencia actualmente, dicha situación que se presenta con recurrencia puede ocasionar que un inspector o Juez Laboral considere que el contrato del suplente se ha desnaturalizado y lo declare como indeterminado.

Corresponde un ajuste a la legislación en este aspecto. A manera de ejemplo, el artículo 70 de un proyecto de reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad, que fue puesto a disposición de la ciudadanía para contar con sus comentarios mediante la Resolución Ministerial N.º 263-2019-TR, permitía la coexistencia del suplente y el suplido por un plazo no mayor a 5 días naturales antes y después de la fecha de inicio de la prestación de servicios, con la finalidad de garantizar la preparación y/o entrega de cargo.

F) El contrato de emergencia (artículo 62° de la LPCL)

Para justificar el uso de este contrato, la empresa deberá encontrarse ante una situación de emergencia empresarial que únicamente pueda ser afrontada a través de la contratación temporal de nuevos trabajadores. De esta manera, tomando como base lo señalado en el artículo 78° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Supremo N.º 001-96-TR, para que se configure el caso fortuito o la fuerza mayor, se deben presentar tres elementos: la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la inimputabilidad.

En esa medida, el uso de esta modalidad podrá sustentarse ante la necesidad de atender daños que afecten la capacidad productiva de la empresa y/o el retraso que se hayan originado en el trabajo producto de un daño, ambos suscitados por caso fortuito o fuerza mayor.

En ese sentido, es viable esta forma de contratación ante catástrofes naturales como lluvias, terremotos, maremotos, plagas, la pandemia del COVID-19, o decisiones de autoridades, como cuando el Presidente de aquél entonces decidió que los peruanos viviéramos aislados para evitar el contagio del mencionado virus.

En esos casos se requiere al personal para darle la vuelta al impacto negativo que ocasionan estos eventos en el empleador, pero, si el hecho fortuito o de fuerza mayor generara mayores ventas para el empleador, o en general un aumento de la demanda de sus productos o servicios en el mercado, el contrato a emplear sería el de necesidades del mercado.

En un anterior trabajo sostuvimos que esta modalidad de contratación evidencia una contradicción legislativa como ocurría con el contrato por reconversión empresarial, pues la legislación peruana también perfila al caso fortuito o fuerza mayor como una situación que permite suspender sin goce de haber las relaciones laborales hasta 90 días e inclusive extinguirlas (cese colectivo). En ese sentido, esta deficiencia técnica justificaría plantear su derogatoria, pudiendo recurrirse, de ser necesario, al uso del contrato innominado contemplado en el artículo 82 de la LPCL.

G) El contrato para obra determinada o servicio específico (artículo 63° de la LPCL)

Para esta clase de contratos, la obra o servicio objeto de estos deberá tener un alcance ocasional o transitorio, distinguible de la actividad permanente de la empresa que solo podría ser atendida por trabajadores ligados a esta a través de un contrato a plazo indefinido (Sanguinetti, 1999, p.64)

Es irrazonable utilizar estos contratos para actividades permanentes que sean disfrazadas como servicios puntuales o temporales, como sería el caso de

un vigilante o asistente administrativo, o el fraccionamiento de una actividad permanente en varias fases con la finalidad de emplear al personal con este tipo de contratos.

Respecto de estos contratos, la Corte Suprema de Justicia¹⁴ ha señalado que *“son acuerdos celebrados para ejecutar una labor previamente establecida, en un tiempo determinado o indeterminado (servicios), o para ejecutar una labor rigurosamente especificada, siempre que, en ambos casos, la relación laboral se desarrolle subordinadamente, por lo que, si bien estos contratos son lícitos, desde el momento que son regulados por ley, también lo es, que la contratación, por tratarse de una excepción a la regla, requiere que la verificación de estas formas de contratación sean estrictamente cumplidas (...)”*

De la revisión del marco jurídico aplicable, podemos resumir que los requisitos y características del contrato modal de obra determinada o servicio específico son las siguientes:

- a) Debe existir una causa objetiva que justifique el motivo de la contratación
- b) La duración del contrato modal será lo que resulte necesario
- c) El ámbito de la operatividad puede ser actividades temporales o permanentes de la empresa, pero que tengan una duración limitada en el tiempo

Sobre lo primero, y como se trató anteriormente, es obligación del empleador consignar la causa objetiva que justifique el motivo de contratación por la referida modalidad temporal. Así pues, conforme lo señala la Casación Laboral N.º 6579-2014 Tacna siempre y cuando la causa objetiva se encuentre justificada el contrato será válido, conforme se detalla a continuación: *“(...) en ese sentido, la contratación modal se justifica por la causa objetiva que la determina, por consiguiente, mientras exista dicha causa podrá contratarse hasta por el límite de tiempo previsto para cada modalidad contractual contenida en el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.º 003- 97-TR (artículos 53 al 56)”*.

Con relación al ámbito del contrato, la LPCL, en principio, no hace una distinción de qué actividades pueden realizarse bajo la modalidad de un contrato de obra o servicio específico, es decir, no precisa si únicamente puede realizarse dicho contrato con actividades temporales o también permanentes de la empresa, pero de duración limitada en el tiempo. Ante dicha omisión, y conforme se ha señalado en diversa jurisprudencia, al no prohibirse las actividades permanentes en dicha modalidad de contrato, éstas sí son válidas siempre y cuando sea usada en el marco de una obra de duración determinada.

Así, como se señala el considerando 5.2 de la Casación Laboral N.º 13258-2019 Cajamarca, la Corte Suprema ha sostenido que puede recurrirse a contratos modales de obra o servicio específico para las labores ordinarias de la empresa, únicamente si el servicio es de duración limitada: *“(…)esta forma de contratación solo puede ser utilizada en tareas que pese a ser las tareas habituales u ordinarias de la empresa tienen en esencia una duración limitada en el tiempo –el empleador puede conocer la fecha cierta del término contratado o, en su defecto, la condición que determine la extinción del contrato de trabajo. Adicionalmente, en el referido contrato se requiere que sea un servicio determinado y no para que simplemente preste su servicio durante un periodo de tiempo, es decir, se exige un resultado. Por ello, sólo podrá mantenerse en dicha calidad hasta el cumplimiento del objeto del contrato”*

Es más, la Corte Suprema, en el considerando 6.7 de la referida casación, concluye que, *“(…) de esta forma; si bien las labores de jardinería son tareas habituales u ordinarias de toda municipalidad, la esencia de la contratación en el presente caso, fue de duración limitada en el tiempo, al poder establecer su duración. Además, se puede apreciar los objetivos en que se enmarca la contratación temporal, existiendo una relación laboral a plazo fijo válida y no se demuestra fraude y/o simulación”*.

Un tema adicional es el relativo al plazo máximo aplicable a esta modalidad contractual. La normativa señala que el plazo que corresponde es el que resulte necesario *“(…) para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación”*, no indicándose que este es de cinco años u ocho como erráticamente lo ha venido señalando la Corte Suprema.

Casación	Plazo
Cas. 840-2005-Arequipa	Sin plazo, caso concreto
Cas. 1809-2004-Lima	8 años
Cas. 1009-2004-Lima	8 años
Cas. 1004-2004-Tacna	Igual o mayor a 8 años
Cas. 1237-2001-Piura	5 años

H) El contrato intermitente (artículos 64° a 66° de la LPCL)

Este contrato es de carácter permanente por lo que correspondería que se celebre de manera indeterminada con períodos de suspensión perfecta de labores pues las actividades para las que suele utilizarse están sujetas a períodos de suspensión, como ocurre con la labor agraria, pesquera, entre otras.

En cuanto a la exigencia normativa de que se delimite con claridad las circunstancias que sustentan la ejecución de la labor intermitente, el TC ha emitido un pronunciamiento en la sentencia recaída en el Expediente N.° 07467-2006-PA/TC en los términos siguientes: “(...) *no obstante este Colegiado considera que debe estimarse la demanda debido a que el contrato del demandante ha sido desnaturalizado, configurándose el supuesto previsto en el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR. En efecto se ha demostrado que hubo simulación en el contrato del recurrente, puesto que se ha pretendido simular la contratación de un servicio intermitente como se aprecia de las cláusulas primera, segunda y tercera del mencionado contrato, siendo que en realidad durante todo el récord laboral del demandante no se presentó ninguna interrupción o suspensión de sus labores y aquel desempeñó la misma actividad, como lo reconoce la propia demandada (...) Por consiguiente el contrato se convirtió en uno de duración indeterminada, razón por la cual el demandante no podía ser despedido sino por causa justa, situación que no se ha presentado*”.

I) El contrato de temporada (artículos 67° a 71° de la LPCL)

Un ejemplo sobre el uso de esta modalidad se presenta en aquellas empresas dedicadas a la venta de juguetes, que requieren personal adicional en temporada navideña. Si una juguetería recurre a esta modalidad para contratar personal

adicional en una temporada o época del año en la cual no sea normal que se incremente la demanda por sus productos, los contratos celebrados estarían desnaturalizados y, por ende, el personal sería considerado como indeterminado.

El artículo 69 de la LPCL señala que, “(...) *si el trabajador fuera contratado por un mismo empleador por dos temporadas consecutivas o tres alternadas tendrá derecho a ser contratado en las temporadas siguientes*”.

Este artículo afronta dificultades pues pueden darse situaciones que hagan inviable la contratación del trabajador como cuando fue despedido por falta grave la segunda vez.

Se asimila al régimen legal del contrato de temporada a las actividades feriales.

J) El contrato innominado (artículo 82° de la LPCL)

72

La utilización válida de este contrato requiere que se funde en causas transitorias y en una duración que se adecúe al servicio brindado por el trabajador.

Esta disposición constituye una regulación abierta que permite emplear contratos temporales cuya causa objetiva no encaje en ninguno de los nueve supuestos analizados anteriormente, por lo que tendrá un carácter subsidiario. Puede emplearse este contrato, por ejemplo, si el empleador tiene una acumulación de pedidos que no puede despachar por la demora en el suministro de insumos por parte de un proveedor y requiere mano de obra adicional para cumplir con sus clientes, o si requiere adelantar la incorporación de un trabajador suplente para que labore simultáneamente con el titular del puesto y puedan realizar las coordinaciones respectivas, entre otros casos.

Entonces, el artículo 82 autoriza al empleador a contratar de forma temporal en casos distintos a los previstos taxativamente en la LPCL cuando obedezca a eventos transitoria, lo cual deberá ser debidamente acreditado por el empleador. Conviene mencionar que, a través de la Casación N.° 11839-2017-Lima, la Corte Suprema emitió un fallo siguiendo esa línea.

III. CONCLUSIONES

Para nuestro ordenamiento laboral la contratación a plazo indeterminado o indefinida tiene preferencia, lo cual se ve demostrado cuando se presume su existencia ante una prestación personal de labores subordinada y remunerada, y, además, no se requiere formalidad alguna para su puesta en marcha, pues el contrato indefinido puede ser inclusive verbal¹⁵.

No obstante, frente a la regla legal de contratación indeterminada o indefinida surgen excepciones como la contratación a plazo fijo o la contratación indirecta (intermediación laboral), las cuales son reguladas en detalle, estableciéndose requisitos y procedimientos concretos para su válida celebración.

La realidad, sin embargo, nos muestra una situación totalmente distinta a la preferencia de nuestro ordenamiento, toda vez que priman las relaciones laborales a plazo fijo y aquellas en que se emplea a un tercero para destacar personal.

Conforme a lo expuesto en este trabajo, se viene celebrando un importante número de contratos a plazo fijo, siendo los más utilizados aquellos que poseen una regulación más flexible.

El inconveniente sin duda respecto a estas formales “excepcionales” de contratación radica en que suelen ser empleadas (y me refiero a los contratos a plazo fijo) para encubrir relaciones laborales indefinidas con el consecuente e innecesario perjuicio al trabajador. Aflora una vez más el error empresarial de “ahorrar costos laborales” al poder cesar a los trabajadores en función al vencimiento del plazo de un contrato, actitud antitécnica fundada en el temor a la estabilidad laboral. Esta situación fue alertada por Pasco (2012, 508) quien sostuvo que, “(...) la contratación temporal (...) solo ha contribuido a precarizar y con ello a disminuir la calidad de los contratos (...)”.

15 Salvo en el caso de las entidades que prestan servicios de intermediación laboral en cuyo caso deben encontrarse siempre por escrito pues se requiere su presentación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Así, los empleadores consideran que con este tipo de contratación ahorran en el despido, sin entender que se enfrentan a situaciones mucho más complejas como, (i) la posibilidad de demandas judiciales de reposición o pago de indemnización por despido, (ii) la imposición de multas por parte de la Autoridad Inspectiva de Trabajo, y, fundamentalmente, (iii) la falta de motivación y compromiso laboral de un trabajador que carece de toda estabilidad en el empleo. Esto último como bien lo sostiene Joseph M. Blanch (2009, p. 65).

Ello sin duda tiene repercusiones negativas en el ejercicio de los derechos colectivos, pues qué trabajador temporal pretenderá sindicalizarse cuando no tiene asegurada su continuidad laboral y el empleador, en un acto de represalia encubierto, no le renueva el contrato.

Vemos pues que la contratación a plazo fijo, con todos los defectos legislativos que pueda tener, resultaría útil si es aplicada en forma responsable por el empleador, sin abusar de la misma. Sin embargo, nuestra realidad es otra, campea la precariedad y el abuso, por lo que creemos que el Estado deberá tomar algunas medidas al respecto, como por ejemplo, (i) regular de manera más técnica a los contratos a plazo fijo limitándolos a aquellos que sean realmente temporales y contemplando modalidades especiales de contratos indefinidos como el intermitente, el de temporada, entre otros que pudieran crearse, (ii) fortalecer y capacitar mejor a la inspección del trabajo, incrementando el número de inspectores a efectos que realicen mayores y mejores actuaciones inspectivas, (iii) cumplir un verdadero rol promotor de las relaciones colectivas de trabajo, modificando imperfecciones normativas aún vigentes y fijando una real política laboral en materia de relaciones colectivas que comprenda tanto a los sectores privado y público, este último en armonía con los principios de previsión y corrección presupuestaria.

También es fundamental que la SUNAFIL y los Jueces Laborales no sean excesivamente exigentes al evaluar la causa objetiva que justifica la contratación a plazo fijo pues, como señalamos anteriormente, la normativa no requiere detalle sino su señalamiento, y, además, quien mejor conoce las razones para contratar de manera temporal es el empleador.

IV. REFERENCIAS

- Blanch, J. (2009). El malestar en el empleo temporal involuntario. Revista de psicología del trabajo y de las organizaciones. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
- Campana, D. (2000). La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización? En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Organización Internacional del Trabajo. Documento de Trabajo N.º 124.
- Jaramillo, M. (2019). Los efectos desprotectores de la protección del empleo: el impacto de la reforma del contrato laboral de 2001. Grupo de análisis para el desarrollo.
- Pasco, M. (2014), Los contratos temporales: exposición y crítica. Derecho PUCP.
- Puntriano, C. (2019) Los contratos de trabajo. Régimen jurídico en el Perú. Gaceta jurídica.
- Puntriano, C. (2014) Subcontratación y contratos temporales. El estado de la cuestión. Ponencia presentada en el IV Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo.
- Sanguinetti, W. (1999) Los contratos de trabajo de duración determinada. Lima. Ara Editores.

De la coordinación a la subordinación: ¿Cómo se define el límite entre una relación civil y una laboral? Análisis y reflexiones

From coordination to subordination: How Is the boundary between civil and employment relationships defined? Analysis and reflections

MAURO ANTONIO UGAZ OLIVARES*

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú
 Correo electrónico: ugaz.ma@pucp.edu.pe
 Código ORCID: 0000-0003-0948-3398

JOSEPH AARON SMITH CUADROS**

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).
 Correo electrónico: smithcuadrosjoseph@gmail.com
 Código ORCID: 0009 0008-7438-7881.

RESUMEN: Mediante esta investigación, analizaremos el límite entre la coordinación propia de los contratos civiles de locación de servicios y la subordinación característica del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico peruano. Siendo así, a través de un examen normativo, doctrinal y jurisprudencial, sostendremos que la exigencia de informes, el intercambio de correos electrónicos y las coordinaciones funcionales entre comitente y locador constituyen prácticas legítimas orientadas al control del resultado del servicio y no acreditan la existencia de subordinación laboral de ningún tipo. Con esta investigación, propondremos una delimitación conceptual entre coordinación y subordinación, destacando que esta última solo se configura cuando dichos mecanismos se insertan en un esquema estructural de poder de dirección, fiscalización y sanción que priva al prestador de su autonomía organizativa, mismos los cuales son ajenos a la figura del locador de servicios. Finalmente, postularemos criterios interpretativos que buscan evitar la desnaturalización automática de los contratos civiles, preservando la seguridad jurídica de las empresas y de los trabajadores de forma justa y equitativa.

ABSTRACT: This article examines the boundary between coordination inherent to civil service agreements and subordination as a defining element of employment relationships within the Peruvian legal system. Through a normative, doctrinal, and jurisprudential analysis, it argues that requirements such as periodic reports, email communications, and functional coordination between the contracting parties are legitimate mechanisms aimed at controlling the outcome of the service and do not, by themselves, evidence labor subordination. The paper proposes a conceptual distinction between coordination and

* Profesor Universitario. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio del área laboral de EY.

** Staff de Litigios Laborales en EY (EY).

subordination, emphasizing that the latter arises only when such mechanisms operate within a structural framework of managerial authority, supervision, and disciplinary power that deprives the service provider of organizational autonomy. Lastly, the article suggests interpretative criteria intended to prevent the automatic recharacterization of civil contracts while safeguarding legal certainty and the protection of genuinely subordinated work.

PALABRAS CLAVE: Subordinación, coordinación, locación de servicios, contrato de trabajo, autonomía contractual, desnaturalización contractual.

KEYWORDS: Subordination, coordination, service agreement, employment contract, contractual autonomy, recharacterization of contracts.

Recibido: 02/02/2026

Aceptado: 14/03/2026

Publicado en línea: 30/03/2026

SUMARIO: I. Introducción. II. La subordinación como elemento delimitador del contrato de trabajo. III. La locación de servicios como contrato autónomo en el derecho civil peruano. IV. Matices y espacios grises. V. Tratamiento jurisprudencial de la desnaturalización de la locación de servicios. VI. Criterios para delimitar la coordinación y distinguirla de la subordinación. VII. Conclusiones y reflexiones finales. VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La delimitación entre las relaciones civiles de prestación de servicios y las relaciones laborales constituye uno de los problemas más persistentes y complejos del derecho del trabajo contemporáneo. En el ordenamiento jurídico peruano, la utilización extendida de la locación de servicios, tanto en el ámbito privado como en el sector público, ha generado tensiones interpretativas constantes, especialmente cuando se discute si determinadas prácticas contractuales evidencian autonomía o, por el contrario, encubren una relación de trabajo subordinado.

Dicho de otra forma, el panorama nos sitúa en la necesidad de delimitar el cómo se arriba a una correcta identificación de los elementos subordinantes típicos de la relación del trabajo.

Precisamente, la costumbre nos invita a analizar los principales indicios, que determinados autores, e inclusive órganos judiciales, consideran para establecer

la existencia de un contrato de trabajo. En efecto, las coordinaciones electrónicas, la elaboración de informes entre otros mecanismos de coordinación, en múltiples oportunidades, son considerados como elementos subordinantes. No obstante, a través del presente, demostraremos el cómo es que tal raciocinio dista de la concepción de una locación de servicios y el resultado óptimo esperado propio de la ejecución de un servicio.

Conforme con ello, nuestra idea, deviene de la necesidad de explicar que la coordinación entre locador y empresa, es jurídicamente viable, y que resulta necesaria a la ejecución de los contratos civiles de prestación de servicios.

De esta manera, la solicitud de reportes periódicos, la comunicación constante entre las partes y la verificación del cumplimiento del servicio constituyen mecanismos orientados al control del resultado del encargo y a la adecuada ejecución de la prestación, sin que ello implique, por sí mismo, el ejercicio de un poder de dirección propio del contrato de trabajo. La subordinación laboral, en cambio, exige la concurrencia de un poder jurídico estructural que permita al empleador dirigir el trabajo, fiscalizar su desarrollo e imponer sanciones disciplinarias, restringiendo de manera efectiva la autonomía organizativa del prestador.

Con esta óptica, confundir coordinación con subordinación implica desconocer la lógica propia de los contratos civiles y trasladar indebidamente el estatuto laboral a supuestos en los que no se verifica una relación de dependencia jurídica, cuestión que a todas luces es errada, ya que, ambas instituciones son especialísimas por sí mismas, y aunque existan similitudes y/o espacios donde se conectan, no siempre la existencia de determinados elementos nos llevará a un contrato de trabajo.

A partir de un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, este trabajo tiene como objetivo proponer una delimitación conceptual clara entre coordinación y subordinación, evitando aproximaciones automáticas que identifiquen como laborales relaciones que, en los hechos, conservan su carácter autónomo.

De esta forma, buscamos establecer pautas claras para saber cuándo una relación de prestación de servicios sigue siendo de carácter civil y cuándo, en

cambio, se ha desvirtuado hasta el punto de que corresponde aplicar las instituciones propias del Derecho del Trabajo.

II. LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO DELIMITADOR DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. La subordinación, matices, elementos y rasgos

Es menester señalar que, la subordinación es el elemento especialísimo que permite situarnos ante un contrato de trabajo. Si bien, pueden concurrir los demás elementos (prestación personal del servicio y remuneración), la ausencia de este carácter influirá en la óptica bajo la cual deba analizarse el vínculo.

En efecto, a diferencia de la prestación personal y de la retribución económica, que pueden presentarse tanto en relaciones civiles como laborales, la subordinación expresa una situación de dependencia jurídica mediante la cual el trabajador se somete al poder de dirección del empleador, integrándose en su esfera organizativa y funcional (Arévalo Vela, 2021).

Nótese entonces el cómo es que, la subordinación opera, pues la espera de un resultado, y la exigencia para que se ejecute de determinada forma, no implica por sí misma, un rasgo subordinante, por el contrario, esta debe ir acompañada de rasgos que incluyan al trabajador en el giro empresarial cotidiano.

Dicho de otra forma, la subordinación no se identifica con cualquier forma de dependencia fáctica o económica, sino con la existencia de un vínculo jurídico de autoridad que habilita al empleador a dirigir la actividad del trabajador, de forma cotidiana.

Estos matices, desembocan hacia una clave jurídica estructural que trasciende la simple coordinación entre las partes, punto que defenderemos como válido en la locación de servicios y justifican la aplicación de un estatuto protector específico del derecho del trabajo (Vilchez Garcés, 2008). En efecto, es la subordinación la que explica la asimetría propia de la relación laboral y legitima la intervención del derecho laboral como un sistema de tutela frente a dicha

desigualdad estructural, en los casos donde la locación de servicios ha perdido todo tipo de objetividad y/o congruencia.

Ahora bien, la función propia de la subordinación, resulta a todas luces esencial a efectos de mantener la coherencia del sistema jurídico. Con ello nos referimos que, al identificar la existencia de subordinación, el intérprete determina el ámbito de aplicación del derecho laboral y activa un conjunto de normas imperativas orientadas a la protección del trabajador que habría sido encubierto por una locación fraudulenta.

Por el contrario, en ausencia de subordinación, la relación se sitúa en el plano del derecho civil o comercial, es decir, bajo la figura de la locación de servicios, donde las partes se encuentran, en principio, en una posición de igualdad jurídica y autonomía contractual (Ermida Uriarte & Hernández Álvarez, 2002). De este modo, la subordinación opera como un verdadero criterio de frontera entre relaciones laborales y no laborales, debiendo ser aplicada solo en los casos donde se suscite la naturaleza subordinante.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, el esclarecimiento de la subordinación en una locación de servicios, nos sitúa en verdaderas dificultades prácticas, especialmente en contextos productivos caracterizados por la externalización de servicios, la especialización técnica y el uso intensivo de mecanismos de coordinación. Ergo, el riesgo de confundir actos legítimos de organización contractual con manifestaciones de subordinación se incrementa, lo que exige una comprensión funcional y no meramente formal del concepto (Top & Enache, 2021).

De esta forma, el aprender a identificar a la subordinación como elemento esencial del Derecho del Trabajo, obliga a adoptar una lectura estrictamente jurídica y sistemática del concepto, evitando criterios expansivos o inclusive restrictivos de la figura de la locación de servicios que tergiversen la frontera entre relaciones civiles y laborales.

Bajo esta óptica, deberá de reconocerse la subordinación solo cuando se verifica un poder efectivo de dirección y control, incompatible con la autonomía

propia de la locación de servicios, resulta legítimo calificar una relación como laboral y aplicar el estatuto protector correspondiente (De Lama Laura, 2012).

Esta precisión conceptual constituye el punto de partida indispensable para analizar, en los apartados siguientes, la diferencia entre subordinación y coordinación, así como los criterios que permiten distinguir una relación laboral de una prestación de servicios autónoma.

2. El poder de dirección, fiscalización y sanción como manifestaciones de la subordinación

El rasgo distintivo de la subordinación laboral se concreta en la existencia de un poder jurídico complejo que faculta al empleador no solo a coordinar la prestación, sino a dirigir el trabajo, fiscalizar su ejecución y sancionar disciplinariamente los incumplimientos. Estas potestades, consideradas de manera conjunta, configuran el núcleo del vínculo de dependencia y permiten diferenciar la relación laboral de otras modalidades contractuales basadas en la autonomía del prestador (Arévalo Vela, 2021).

El poder de dirección se expresa en la capacidad del empleador para impartir órdenes vinculantes respecto del modo, tiempo y forma de ejecución del trabajo, así como para introducir modificaciones unilaterales dentro de los márgenes de razonabilidad. Esta facultad supone la inserción del trabajador en la organización productiva ajena y la sujeción a un esquema jerárquico que limita su autonomía decisional. En tal sentido, la dirección del trabajo excede la fijación de objetivos o resultados esperados y se proyecta sobre la actividad misma del trabajador, determinando cómo debe realizarse la prestación (Vilchez Garcés, 2008).

Por su parte, la fiscalización constituye una manifestación complementaria del poder de dirección y se traduce en el control permanente del desempeño del trabajador. No obstante, resulta necesario distinguir entre la fiscalización propia de la subordinación y los mecanismos de verificación del cumplimiento contractual característicos de las relaciones civiles. La supervisión orientada a comprobar el resultado del servicio, la calidad del producto entregado o el cumplimiento de plazos pactados es compatible con la autonomía del locador

y no revela, por sí misma, la existencia de subordinación laboral (De Lama Laura, 2012). La fiscalización laboral, en cambio, implica un control directo y continuo del proceso de trabajo, propio de una relación de dependencia ya que los resultados de la actividad desplegada por el trabajador dependen de cumplir con las directivas o procedimientos diseñados por el empleador.

La potestad sancionadora constituye, finalmente, uno de los indicadores más relevantes de subordinación. La facultad de imponer sanciones disciplinarias frente a infracciones o incumplimientos contractuales evidencia la existencia de una relación jerárquica y de un poder coercitivo que no se encuentra presente en los contratos civiles. En estos últimos, el incumplimiento genera, en principio, consecuencias de naturaleza resarcitoria o resolutoria, mas no sanciones disciplinarias unilaterales impuestas por una de las partes (Ermida Uriarte & Hernández Álvarez, 2002).

Desde una perspectiva sistemática propia del fuero del derecho del trabajo, la subordinación solo se configura cuando las tres potestades del empleador (dirección, fiscalización y sanción), pueden ejercerse de manera articulada y revelan un poder estructural que priva al prestador de su autonomía organizativa.

Por lo que, la presencia aislada de actos de coordinación, la exigencia de reportes, el intercambio frecuente de correos electrónicos o la verificación del cumplimiento del encargo no permiten, por sí solos, afirmar la existencia de subordinación, en la medida en que tales prácticas pueden responder legítimamente a la necesidad de controlar el resultado del servicio contratado (Top & Enache, 2021).

En consecuencia, identificar la subordinación exige verificar si quien recibe el servicio se ha comportado como verdadero empleador, ejerciendo facultades propias del *ius variandi* y del poder disciplinario, o si, por el contrario, se ha limitado a coordinar y supervisar el cumplimiento del contrato dentro de los márgenes de la autonomía civil. Esta distinción resulta esencial para evitar interpretaciones expansivas que confundan mecanismos legítimos de control contractual con manifestaciones de dependencia laboral, preservando así la función delimitadora de la subordinación en el sistema jurídico (De Lama Laura, 2012).

III. LA LOCACIÓN DE SERVICIOS COMO CONTRATO AUTÓNOMO EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

1. Configuración normativa de la locación de servicios

La locación de servicios se encuentra regulada en el Código Civil peruano como un contrato de naturaleza civil cuya nota definitoria es la ausencia de subordinación. El artículo 1764 del Código Civil establece que el locador se obliga a prestar sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, sin estar subordinado al comitente. Esta mención expresa no es meramente descriptiva, sino constitutiva de la figura, pues delimita normativamente su ámbito de aplicación frente al contrato de trabajo y excluye, desde el plano legal, la existencia de un poder jurídico de dirección sobre el prestador (Código Civil, 1984).

Desde la doctrina civil peruana, se ha señalado que la locación de servicios responde a una opción consciente del legislador orientada a preservar un espacio propio para las prestaciones autónomas. En ese sentido, Sanguinetti Raymond sostiene que la exclusión de la subordinación no constituye un elemento accesorio, sino el eje estructural del contrato, en la medida en que permite distinguirlo de las relaciones laborales y evitar la confusión entre autonomía y dependencia jurídica. Para este autor, la locación de servicios se concibe como una relación en la que el prestador conserva la libertad de organizar su actividad y asumir el riesgo propio de la ejecución del servicio (Sanguinetti Raymond, 2000).

Ahora bien, es importante señalar que, dentro de la regulación peruana, el contrato de locación de servicios encuentra un límite temporal expreso en el artículo 1768 del Código Civil, el cual dispone que el plazo máximo de este contrato es de seis años cuando se trate de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios, precisando además que, si se pacta un plazo mayor, dicho límite solo puede ser invocado por el locador.

Ahora bien, es importante, entender que el plazo máximo establecido en el artículo 1768 del Código Civil, responde al intento del legislador para evitar situaciones de extensión masiva a la figura de la locación de servicios vacíen la

autonomía contractual. Así como también a evitar que el prestador de servicios se encuentre de forma indefinida en un vínculo civil.

Dicho de otro modo, la legislación vigente, busca evitar que, se constituya una relación de dependencia de hecho que limite la capacidad y operatividad del locador para actuar libremente para ejecutar la actividad por la cual ha sido contratado.

Bajo esta interpretación, la composición e inclusión del plazo máximo de contratación en la locación de servicios evidencia que el legislador concibe esta figura como una de tipo transitorio, en la que el prestador, en virtud de su autonomía conserva la facultad de desvincularse una vez alcanzado el límite legal establecido.

Debe quedar claro entonces que, esta intención normativa refuerza la distinción entre la locación de servicios y el contrato de trabajo, y permite erigir con mayor claridad el ámbito propio de las prestaciones civiles frente a las relaciones laborales subordinadas.

Por otro lado, desde la teoría del derecho del trabajo, aun cuando se compartan elementos como la remuneración y la prestación personal de un determinado servicio. Como bien hemos ido comentando, la distinción principal del contrato de trabajo y la locación de servicios radica en la subordinación, entendida como un poder jurídico que permite al empleador dirigir el trabajo ajeno. Por lo que, en ausencia de dicho poder, la relación debe mantenerse en el ámbito civil, aun cuando exista continuidad en la prestación o coordinación entre las partes (Vílchez Garcés, 2008).

Es importante señalar que nuestra legislación civil establece que la locación de servicios puede ser material o exclusivamente intelectual, lo que explica su utilización en actividades profesionales, técnicas y especializadas que puedan requerir en menor o mayor intensidad interacción constante entre comitente y locador (artículo 1765 del Código Civil). Esta disposición normativa permite comprender que la comunicación frecuente, la coordinación funcional y la solicitud de información sobre el avance del encargo forman parte de la diná-

mica normal del contrato, sin que ello implique, por sí mismo, una relación de dependencia jurídica.

Desde el punto de vista obligacional, la prestación asumida por el locador se encuadra dentro de las obligaciones de hacer, tradicionalmente asociadas a las obligaciones de medios. Al respecto, Rosenvald explica que, en este tipo de contratos, el prestador no garantiza un resultado específico, sino el despliegue de una actividad diligente conforme a lo pactado. Esta configuración refuerza la autonomía del locador y distingue la locación de servicios tanto del contrato de trabajo, caracterizado por la subordinación, como del contrato de obra, en el que predomina la obligación de resultado (Rosenvald, 2010).

El mismo autor precisa que el comitente se encuentra legitimado para verificar el cumplimiento del encargo y controlar el resultado del servicio contratado, sin que ello suponga el ejercicio de un poder de dirección sobre la actividad del prestador. La subordinación solo se configura cuando dicho control se proyecta sobre el modo de ejecución del servicio, condicionando la organización interna del locador y restringiendo su autonomía decisional, lo que resulta incompatible con la naturaleza civil del vínculo (Rosenvald, 2010).

Finalmente, desde una perspectiva sistemática, se ha advertido que la exigencia de informes, la solicitud de reportes periódicos o la coordinación funcional no desnaturalizan por sí mismas la locación de servicios. De Lama Laura sostiene que estos mecanismos responden a la necesidad legítima de verificar el cumplimiento del contrato y controlar el resultado del servicio, y solo adquieren relevancia laboral cuando se insertan en un esquema de dirección, fiscalización disciplinaria y sanción que prive al prestador de su autonomía. En consecuencia, la calificación laboral de una relación exige un análisis conjunto y funcional de los elementos presentes, evitando inferencias automáticas basadas en actos aislados de coordinación (De Lama Laura, 2012).

2. Obligaciones de medios y control de resultado

Desde el punto de vista normativo, la locación de servicios se estructura sobre una obligación de hacer, en la que el locador se compromete a ejecutar una

actividad a favor del comitente sin estar subordinado a este. Esta configuración se vincula, por regla general, con las denominadas obligaciones de medios, en las que el deudor no garantiza la obtención de un resultado determinado, sino el despliegue diligente de su actividad conforme a lo pactado. En este tipo de obligaciones, el eje del vínculo no se sitúa en la producción de un resultado objetivo, sino en la corrección de la conducta desplegada durante la ejecución de la prestación (Código Civil, 1984).

La naturaleza de las obligaciones de medios implica necesariamente un margen de interacción entre las partes, orientado a asegurar que la prestación se ejecute conforme al interés contractual. En las obligaciones de hacer, y particularmente en la locación de servicios, dicha interacción se manifiesta a través de la comunicación, la coordinación y la retroalimentación durante la ejecución del encargo. Este margen de coordinación no responde a una lógica de jerarquía ni de sujeción, sino a la necesidad funcional de orientar la prestación hacia el resultado esperado por el acreedor, sin que ello suponga una afectación de la autonomía del prestador.

Desde la teoría general de las obligaciones, se ha señalado que toda relación obligacional es, por definición, relacional y dinámica, en la medida en que su cumplimiento requiere cooperación entre acreedor y deudor. En ese marco, la posibilidad de que el comitente formule observaciones, solicite precisiones o reciba información sobre el avance del servicio constituye una consecuencia natural de la concertación contractual. Tales manifestaciones de coordinación no implican dirección del trabajo ajeno, en tanto no se proyecten sobre la organización interna de la actividad del locador ni condicionen el modo concreto de ejecución del servicio (Castillo Freyre, 2014).

Desde la doctrina civil comparada, se ha precisado que el acreedor se encuentra legitimado para ejercer un control del resultado del servicio contratado, entendido como la verificación de su adecuación a lo pactado y de la satisfacción del interés contractual. Este control resulta compatible con las obligaciones de medios y con la autonomía del prestador, siempre que no se transforme en un control de la actividad misma, supuesto en el cual se produciría una alteración de la naturaleza civil del vínculo (Rosenvald, 2010).

En contraste, el control que caracteriza a la subordinación laboral no se limita a verificar el resultado del servicio, sino que se proyecta directamente sobre la actividad del prestador, incidiendo en el modo, tiempo y forma de ejecución del trabajo. Solo cuando el comitente asume facultades de dirección permanente, fiscalización disciplinaria y sanción frente a los incumplimientos puede afirmarse que la coordinación ha sido desplazada por un verdadero poder de subordinación, incompatible con la lógica de las relaciones civiles.

Finalmente, desde el ámbito laboral, se ha advertido que confundir el control del resultado con subordinación conduce a una expansión indebida del contrato de trabajo. Se ha sostenido que mecanismos como la exigencia de informes, la evaluación del cumplimiento o la supervisión del encargo solo adquieren relevancia laboral cuando se insertan en un esquema estructural de poder que prive al prestador de su autonomía y lo someta a un régimen disciplinario propio del empleador. En ausencia de tales elementos, dichos mecanismos deben ser interpretados como expresiones legítimas del control contractual propio de las relaciones civiles (De Lama Laura, 2012).

88

En consecuencia, la distinción entre obligaciones de medios y control del resultado permite afirmar que la locación de servicios admite, e incluso exige, formas razonables de coordinación y verificación del cumplimiento del encargo. La sola existencia de informes, comunicaciones o coordinaciones funcionales no basta para desnaturalizar el vínculo, siendo necesario acreditar un control efectivo sobre la actividad del prestador que anule su autonomía y revele la presencia de subordinación jurídica.

IV. MATICES Y ESPACIOS GRISES

1. Coordinación y subordinación como conceptos en conflicto

Tanto en lo judicial, como en lo administrativo, uno de los principales ejes, por no decir, el más relevante, para calificar relaciones contractuales, es el verificar si entre las partes ha existido un supuesto de coordinación o una clara subordinación.

Precisamente, no es extraño que la constancia de comunicaciones, solicitudes de información, reuniones de seguimiento o exigencias de reportes sea interpretada como un indicio suficiente de subordinación laboral, sin atender a la naturaleza ni a la finalidad de tales mecanismos.

Siendo así, dicha noción conduce a una lectura escueta del vínculo contractual, en la que toda forma de interacción es asimilada, de forma automática, a una relación de dependencia jurídica, cuestión que a nuestra opinión deviene en un criterio interpretativo errado. Es por ello que, tal y como advierte Sanguinetti Raymond (2023), la determinación de un contrato de trabajo no puede fundarse, de forma exclusiva en la apreciación aislada de ciertos indicios externos, sino en una valoración conjunta y funcional que permita identificar si existe realmente un poder de dirección estructural subordinante.

Conviene entonces recordar que, a nivel del Derecho Civil, la coordinación funcional constituye un elemento propio en las obligaciones de hacer, pues la persona que contrata, busca que el resultado sea el esperado.

Debe entenderse que, la prestación no se agota en un acto único; en la mayoría de los casos, requiere que perdure hasta que el producto esté culminado. Siendo así, dentro de este margen, ello supone necesariamente la existencia de comunicación entre las partes, orientada a coordinar la ejecución del encargo conforme a lo pactado. No obstante, esta comunicación, no debe ni puede ser interpretada como un factor subordinante, sino, más bien, a la necesidad e interés del acreedor de verificar que el servicio contratado se ejecute adecuadamente y permita satisfacer la finalidad del encargo.

El error interpretativo surge cuando se prescinde de analizar la finalidad del control y se atiende únicamente a su manifestación externa. No todo control supone subordinación. Como ha señalado Espinoza Escobar (2023), la subordinación se configura cuando el prestador se encuentra integrado en la esfera organizativa del empleador y sujeto a su poder de disposición, lo que implica una inserción estructural en la organización empresarial. En cambio, la coordinación propia de los contratos civiles se orienta al resultado del servicio, es decir, a constatar que la prestación cumple con los estándares y objetivos

previamente acordados. Confundir ambos planos implica diluir la diferencia entre autonomía y dependencia jurídica, desdibujando un elemento esencial del contrato de trabajo.

Un ejemplo normativo particularmente ilustrativo de esta distinción puede encontrarse fuera del ámbito estrictamente laboral, en la regulación tributaria del denominado contrato de cuarta–quinta. El literal e) del artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta reconoce como rentas de quinta categoría los ingresos obtenidos por un trabajo prestado de forma independiente mediante locación de servicios que se ejecute en un lugar y horario designado por la empresa. Esta disposición evidencia que la fijación de un lugar y de un marco temporal no transforma automáticamente la naturaleza civil del vínculo. El propio ordenamiento admite que determinadas limitaciones operativas pueden coexistir con una prestación autónoma, sin que ello implique subordinación jurídica.

90

Esta problemática se intensifica en contextos de prestación de servicios complejos o especializados, en los que la interacción entre las partes resulta no solo habitual, sino necesaria. La solicitud de informes, la formulación de observaciones técnicas o el intercambio frecuente de correos electrónicos no persiguen necesariamente dirigir el trabajo del prestador, sino asegurar que el servicio responda a las necesidades del comitente. Interpretar estas prácticas como manifestaciones inequívocas de subordinación desconoce la dinámica propia de los contratos civiles y puede generar una expansión indebida del concepto laboral.

Una interpretación expansiva de la subordinación, basada en indicios aislados de coordinación, genera además un riesgo de desnaturalización automática de los contratos civiles. Ello no solo afecta la seguridad jurídica, sino que debilita la función delimitadora de la subordinación como elemento estructural del contrato de trabajo. La subordinación no puede presumirse a partir de la mera existencia de mecanismos de seguimiento, sino que debe acreditarse mediante la verificación efectiva de un poder de dirección, fiscalización disciplinaria y sanción. En esta línea, la Recomendación N.º 198 de la Organización Internacional del Trabajo (2006) subraya que la identificación de una relación laboral

debe basarse en los hechos relativos a la ejecución del trabajo y en la existencia de dependencia real, no en meras apariencias formales.

Ahora bien, conviene partir de una premisa fundamental: la coordinación no es incompatible con la subordinación. En la relación laboral también existen espacios de concertación operativa y márgenes de autonomía técnica. Lo que distingue al contrato de trabajo no es la ausencia de coordinación, sino la existencia de un poder jurídico estructural que permite al empleador imponer unilateralmente las condiciones esenciales de la prestación. Como destaca nuevamente Sanguineti Raymond (2023), la relación laboral se caracteriza por una dialéctica entre autonomía técnica y dependencia jurídica, en la que lo decisivo es la presencia de un poder organizativo que subordina la actividad del trabajador.

Dicho de otra manera, la delimitación entre coordinación y subordinación como conceptos e instituciones propias de sus regímenes, requiere de un análisis funcional del vínculo contractual. Por ende, no es suficiente constatar la concurrencia de comunicación, supervisión o determinadas limitaciones operativas; es necesario examinar si la empresa contratante ha asumido roles propios de un empleador o si, por el contrario, se ha limitado a ejercer un control legítimo del resultado del servicio, sin demeritar la libertad del locador.

Entonces, solo cuando la coordinación se transforma en dirección estructural y neutraliza la capacidad real de autoorganización del prestador puede hablarse de subordinación en sentido jurídico.

Superar la confusión entre coordinación y subordinación implica, por tanto, reconocer que la interacción es consustancial a toda prestación continuada de servicios. La subordinación no surge de la mera coordinación, sino de la presencia de un poder organizativo que absorbe la autonomía del prestador. Sobre esta base conceptual resulta pertinente examinar la evolución jurisprudencial reciente, a fin de verificar cómo estos criterios han sido aplicados en casos concretos y cuáles son los parámetros actualmente predominantes en la delimitación entre vínculo civil y relación laboral.

V. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA LOCACIÓN DE SERVICIOS

1. Criterios jurisprudenciales relevantes en el Perú

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha desarrollado una línea jurisprudencial consistente en torno a la desnaturalización de los contratos de locación de servicios, precisando que la calificación del vínculo no puede basarse en elementos aislados, sino en la verificación concreta de la subordinación como elemento estructural del contrato de trabajo. En ese marco, la Corte ha delimitado con claridad la diferencia entre la coordinación funcional propia de los contratos civiles y el ejercicio del poder de dirección característico de la relación laboral.

Precisamente, en la Casación Laboral N.º 23067-2022, Arequipa, la Corte Suprema de Justicia de la República realizó una sistematización de criterios indiciarios orientados a determinar si una relación formalmente civil encubre, en realidad, un vínculo laboral. Dichos criterios no operan de manera aislada ni automática, sino que deben ser valorados de forma conjunta y contextual, atendiendo a la realidad efectiva de la prestación. Entre ellos, la Corte identifica como relevantes la incorporación del prestador a una organización jerarquizada y su sujeción a los criterios organizativos del titular de la empresa, así como la vinculación del servicio a la actividad nuclear del negocio, elementos que, de concurrir plenamente, pueden revelar una inserción estructural incompatible con la autonomía propia de la locación de servicios.

Dicha aproximación es concordante con la posición doctrinal que sostiene que el análisis de laboralidad debe ser aplicado mediante una valoración conjunta y contextual de los indicios presentes en cada caso, evitando inferencias automáticas derivadas de hechos aislados (Sanguinetti Raymond, 2023).

Asimismo, la Sala Suprema destaca como indicios de subordinación la potestad del contratante para impartir órdenes directas y prevalecer su voluntad sobre la del prestador, así como el ejercicio efectivo del poder disciplinario. Estos elementos suponen una capacidad de mando que trasciende la mera coordinación funcional y que se proyecta sobre la forma de ejecución del servicio. A ello

se suma el carácter personalísimo de la prestación, la exclusividad o centralidad de la actividad desarrollada en la esfera personal del prestador, la continuidad o permanencia en el tiempo y la sujeción a un horario determinado, especialmente cuando existe obligación de registrar asistencia o disponibilidad diaria impuesta por el contratante.

Del mismo modo, la Corte Suprema considera relevantes ciertos elementos materiales y organizativos, tales como el uso obligatorio de uniformes, la utilización de herramientas o medios proporcionados por la empresa, la exigencia de ejecutar diariamente la actividad, la existencia de un lugar fijo de prestación de servicios y la imposibilidad real de rechazar tareas asignadas. A estos factores se añaden otros vinculados a la ajenidad, como la fijación unilateral de precios, rutas o carteras de clientes por parte del contratante, así como la imposición de repetir trabajos defectuosos frente a terceros, lo que evidencia una asunción empresarial del mercado y de los riesgos de la actividad.

No obstante, la propia Corte Suprema es enfática en señalar que la mera presencia de algunos de estos elementos no determina, por sí sola, la existencia de subordinación laboral. Su valoración debe efectuarse atendiendo a la intensidad, frecuencia y finalidad con la que se manifiestan en la relación concreta. En tal sentido, la exigencia de reportes, la coordinación operativa, la supervisión del resultado del servicio o la existencia de ciertas limitaciones funcionales no vacían automáticamente de contenido la autonomía del locador, siempre que este conserve un margen real de auto organización en la ejecución de la prestación.

Siendo así, resulta preciso reconocer que, aun cuando la locación de servicios no es un contrato absolutamente libre de restricciones, la jurisprudencia nacional admite que este vínculo posee un margen de actuación cierto, dentro del cual la coordinación entre las partes es jurídicamente válida y compatible con su naturaleza civil. De allí que la línea divisoria entre coordinación y subordinación no se sitúe en la existencia de controles o comunicaciones, sino en la transformación de estos en verdaderos instrumentos de dirección empresarial capaces de neutralizar la autonomía del prestador.

No obstante, debe de tenerse en consideración que cuando dichos elementos concurren de forma irracional –es decir limitan de forma drástica la autonomía del locador-, pueden revelar una inserción estructural del locador en la esfera empresarial, lo que resulta inverosímil con la independencia en la forma de ejecutar el servicio de la locación de servicios (Espinoza Escobar, 2023).

En esta misma línea interpretativa, la Casación Laboral N.º 25807-2023, Lima, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República, constituye un hito relevante al precisar que la subordinación no puede inferirse de manera automática a partir del uso de mecanismos habituales de coordinación entre las partes, tales como el intercambio de correos electrónicos, la realización de reuniones periódicas, la remisión de informes de avance o la utilización de canales digitales de comunicación.

De esta manera, la Corte advierte que estos instrumentos, lejos de ser exclusivos de una relación laboral, resultan consustanciales a cualquier prestación de servicios orientada a la obtención de un resultado concreto, en la que el comitente tiene un interés legítimo en conocer el estado de ejecución del encargo y verificar su adecuación a lo pactado.

La Corte Suprema enfatiza que la subordinación, como elemento estructural del contrato de trabajo, exige algo cualitativamente distinto: la sujeción del prestador al poder de dirección, fiscalización y sanción del empleador. Ello supone la facultad de imponer unilateralmente las condiciones de ejecución del servicio, modificar de manera discrecional la forma de prestación, ordenar tareas específicas con carácter obligatorio y sancionar los incumplimientos mediante mecanismos disciplinarios propios del vínculo laboral. En ausencia de estas potestades, el control ejercido por el contratante no trasciende el ámbito de la coordinación funcional ni se transforma en un verdadero poder de mando.

Dicha idea es claramente vigente, pues la doctrina reciente ha advertido que la desnaturalización no puede operar como una consecuencia automática frente a cualquier forma de coordinación intensa, sino únicamente cuando se acredite la existencia real de dependencia jurídica (Correa-Calderón et al., 2023).

Desde esta perspectiva, el Supremo distingue con claridad entre el control del resultado y el control de la actividad. Mientras el primero es plenamente compatible con la locación de servicios (en tanto permite verificar que el servicio se ejecute conforme a lo acordado), el segundo implica una injerencia directa y constante en el modo, tiempo y forma de la prestación, lo que sí puede revelar subordinación. Así, exigir reportes de avance, solicitar explicaciones sobre hitos del proyecto, coordinar reuniones de seguimiento o requerir ajustes técnicos no desnaturaliza el vínculo civil, siempre que el prestador conserve la libertad de organizar su trabajo, determinar los medios para cumplir el encargo y decidir cómo alcanzar el resultado comprometido.

En consecuencia, la Corte Suprema rechaza una concepción maximalista de la subordinación que equipare toda forma de supervisión o comunicación a una relación laboral encubierta. Por el contrario, reconoce que la locación de servicios moderna, especialmente en contextos profesionales y tecnológicos, exige necesariamente espacios de interacción, coordinación y retroalimentación entre las partes. Solo cuando dichos mecanismos se convierten en instrumentos de control permanente sobre la conducta del prestador y vacían de contenido su autonomía técnica y organizativa, puede afirmarse que la relación ha sido desnaturalizada.

Esta postura resulta coherente con la evolución de la locación de servicios en contextos profesionales y tecnológicos, donde la interacción constante no implica necesariamente dependencia jurídica, sino que responde a dinámicas colaborativas propias de la economía contemporánea (Reyes Mishari & Barreto Reyes, 2024).

En conjunto, estas decisiones revelan una posición jurisprudencial consistente de la Corte Suprema en el sentido de que la coordinación funcional, el control del resultado y la exigencia de reportes son compatibles con la locación de servicios, siempre que no se traduzcan en una intromisión directa en la ejecución personal del servicio. La desnaturalización del contrato civil solo procede cuando se acredita un ejercicio efectivo del poder de dirección empresarial, capaz de vaciar de contenido la autonomía propia del locador de servicios.

2. Criterios jurisprudenciales relevantes del derecho comparado

En el derecho comparado, la jurisprudencia también ha enfrentado la dificultad de distinguir entre mecanismos legítimos de coordinación y verdaderas manifestaciones de subordinación laboral.

Por ejemplo, en el Reino de España, el Tribunal Supremo, a través de la Sentencia No. 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, ha sostenido que en los casos donde se discuta la desnaturalización de un contrato de servicios, la óptica a evaluar no debe depender ni avocarse a criticar la mera existencia de instrucciones, comunicaciones periódicas o sistemas de seguimiento, sino de la efectiva inserción del prestador en la esfera organizativa y directiva del empleador.

A la luz de dicho criterio, está claro que el Tribunal enfatiza que la dependencia no equivale a una subordinación rígida o absoluta, sino que exige verificar si el prestador se encuentra integrado de manera estable en la estructura empresarial y sujeto a un poder de dirección que incida directamente en la forma de ejecución del trabajo.

En dicha sentencia, el Tribunal Supremo español advierte que prácticas como la utilización de plataformas tecnológicas, la asignación de tareas mediante aplicaciones digitales, la existencia de sistemas de evaluación o la necesidad de coordinar horarios y disponibilidades no resultan, por sí mismas, determinantes de laboralidad.

Por el contrario, el análisis debe centrarse en si tales mecanismos neutralizan la autonomía del prestador y lo privan de capacidad real de autoorganización. Así, cuando el trabajador conserva la facultad de aceptar o rechazar encargos, organizar su tiempo, decidir los medios de ejecución y asumir el riesgo propio de la actividad, la relación puede mantenerse en el ámbito no laboral, aun cuando exista una intensa interacción operativa entre las partes.

Por su parte, en el ordenamiento colombiano, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Sentencia SL551-2025, ha abordado expresamente la distinción entre coordinación operativa y subordinación jurídica. En este pro-

nunciamiento, el Tribunal reconoce que la coordinación funcional es inherente a múltiples formas contemporáneas de prestación de servicios, especialmente en actividades complejas o técnicamente especializadas, y que su sola presencia no basta para afirmar la existencia de un contrato de trabajo. La subordinación, precisa la Corte, exige la demostración de un poder jurídico permanente del contratante para impartir órdenes obligatorias, modificar unilateralmente las condiciones del servicio y sancionar disciplinariamente al prestador.

La Corte colombiana subraya que la exigencia de reportes, la supervisión del cumplimiento de metas, la fijación de lineamientos generales o la coordinación con otros actores del proceso productivo responden a una lógica de control del resultado y de aseguramiento de la calidad del servicio, compatible con relaciones autónomas. Solo cuando estas prácticas se transforman en controles directos sobre el modo, tiempo y forma de ejecución del trabajo, anulando la independencia técnica del prestador, puede hablarse de subordinación laboral. De este modo, el Tribunal rechaza una interpretación expansiva de la subordinación que termine por vaciar de contenido las figuras civiles y comerciales de prestación de servicios.

En conjunto, tanto la jurisprudencia española como la colombiana coinciden en afirmar que la frontera entre coordinación y subordinación no se define por la intensidad de las comunicaciones ni por la existencia de mecanismos de seguimiento, sino por la naturaleza del poder ejercido por el contratante.

Esta convergencia comparada refuerza la idea de que los sistemas de reporte, las reuniones de seguimiento y la verificación del cumplimiento de objetivos constituyen herramientas legítimas de gestión contractual, y que solo su utilización como instrumentos de dirección y sanción permite afirmar la desnaturalización del vínculo civil.

VI. CRITERIOS PARA DELIMITAR LA COORDINACIÓN Y DISTINGUIRLA DE LA SUBORDINACIÓN

1. No toda coordinación implica subordinación

Luego de lo desarrollado, resulta indispensable enfatizar que la coordinación, aun cuando se materialice a través de mecanismos formales y estructurados, no constituye por sí misma un indicio de subordinación laboral. Prácticas como la exigencia de reportes periódicos, la remisión de avances, la participación en reuniones de seguimiento o el uso de plataformas digitales para comunicar el estado de la prestación responden a dinámicas propias de servicios orientados a un resultado. Bajo esta idea, debe quedar claro que no puede presumirse, la existencia de una subordinación solo por mecanismos de comunicación, por el contrario, debe de demostrarse el poder subordinante con elementos que permitan constatar la concurrencia de un poder organizativo que absorba la autonomía del prestador (Pulache, 2025).

98

En los contratos de locación de servicios, es indebido suponer que el comitente se desentiende del encargo una vez celebrado el contrato, por el contrario, este mantiene un interés legítimo en verificar que el servicio se ejecute conforme a lo pactado, dentro de los estándares de calidad, plazos y objetivos previamente acordados. (Castillo Freyre, 2014). Este control del cumplimiento no equivale a dirección jerárquica, sino que forma parte de la lógica propia del vínculo obligacional.

En ese contexto, los mecanismos de coordinación cumplen una función instrumental: permiten articular expectativas, corregir desviaciones técnicas, resolver contingencias y asegurar la entrega del resultado comprometido. Tales mecanismos no tienen por finalidad dirigir la actividad cotidiana del prestador, sino constatar el avance del servicio y su adecuación al encargo.

Por ende, debe quedar claro que, una expansión excesiva del concepto de subordinación que desconozca esta diferencia funcional termina vaciando de contenido la categoría civil y ampliando indebidamente el ámbito del derecho del trabajo (Ermida Uriarte & Hernández Álvarez, 2002).

El error interpretativo surge cuando se confunde el control del resultado con el control de la actividad. Mientras el primero es plenamente compatible con la autonomía del locador, el segundo supone una injerencia directa en el modo, tiempo y forma de ejecución del servicio. Sin ese elemento estructural, no puede hablarse de subordinación (Arévalo Vela, 2021).

Así, solicitar informes de avance, coordinar reuniones para evaluar hitos del proyecto o requerir explicaciones técnicas no equivale a impartir órdenes laborales, siempre que el prestador conserve la libertad de organizar su trabajo y adoptar las decisiones necesarias para cumplir el encargo. Desde este punto de vista, la aplicación del principio de primacía de la realidad exige constatar una dependencia efectiva y no meras formas de interacción contractual, por lo que la exigencia probatoria debe ser mayor a fin de esclarecer correctamente los hechos (Correa-Calderón et al., 2023).

Incluso la periodicidad de los reportes o la regularidad de las reuniones no transforma automáticamente la coordinación en subordinación. En servicios complejos, continuos o estratégicos, resulta razonable que el seguimiento sea constante, sin que ello implique la existencia de un poder disciplinario o de dirección empresarial.

Lo relevante entonces no es la frecuencia de la comunicación, sino si esta se traduce en instrucciones imperativas, fiscalización permanente del comportamiento del prestador o sanciones frente a incumplimientos que exceden la lógica contractual. (Huaman Componero, 2025).

Siendo así, cuando la coordinación se convierte en un mecanismo para imponer unilateralmente condiciones de prestación y restringir la capacidad decisoria del locador, sí puede hablarse de subordinación encubierta. Pero en ausencia de esa limitación de autonomía del locador, el vínculo mantiene su naturaleza civil (Ore Rojas, 2025).

Por ello, la desnaturalización de la locación de servicios no puede fundamentarse en la sola existencia de mecanismos de coordinación, sino únicamente

cuando estos se utilizan como instrumentos para neutralizar la autonomía del prestador, privándolo de su capacidad real de autoorganización.

En suma, y bajo las ideas recopiladas, la expansión indiscriminada de la categoría de subordinación como concepto aplicable, genera inseguridad jurídica y desdibuja los contornos del sistema contractual (Llerena et al., 2025).

2. La coordinación en el contrato de trabajo y la primacía de la realidad

Conforme hemos desarrollado, debemos de reconocer que la coordinación no deriva de forma automática a supuestos de subordinación, esto es que, no significa desconocer que en el contrato de trabajo también existen espacios de concertación operativa.

Particularmente, en el marco de un contrato de locación de servicios, pueden presentarse intercambios técnicos, márgenes de autonomía profesional y dinámicas colaborativas que no eliminan la dependencia jurídica estructural. Por el contrario, estas resultan propias de su sistema.

Es decir, lo determinante no es la presencia de coordinación, sino la inserción del trabajador en una organización empresarial bajo un poder jurídico que condiciona de manera efectiva su actividad y restringe su autonomía operativa.

Así pues, Mamani Pérez (2024), explica que la primacía de la realidad no convierte toda interacción funcional en subordinación, sino que exige identificar si existe una sujeción real al poder de dirección del empleador.

Desde esta óptica, corresponde estudiar a la coordinación en el contrato de trabajo, la cual, por su propia naturaleza cumple una función distinta a la que desempeña en la locación de servicios.

Precisamente, en el ámbito laboral, la coordinación se erige dentro de un marco jerárquico, donde el empleador, como parte dominante, conserva la facul-

tad de imponer unilateralmente condiciones de prestación, modificar tareas –con limitaciones ciertas- y ejercer potestad disciplinaria ante graves incumplimientos.

En ese sentido, aun cuando se trate de un contrato de trabajo, las prácticas de coordinación, no son las que nos sitúan ante un contrato de trabajo. Por el contrario, esos elementos son netamente accesorios, por lo que el análisis debe centrarse en la existencia de dependencia efectiva y no en la mera constatación de prácticas organizativas comunes a múltiples formas de prestación de servicios (Antezana Vargas, 2025).

Es allí que, el principio de primacía de la realidad cumple –de forma efectiva-con la función de evitar que la forma contractual o las denominaciones utilizadas por las partes encubran una relación laboral existente en los hechos.

Empero, como ha sido advertido, su aplicación no puede ser automática ni expansiva. Siendo así, no basta con identificar elementos compatibles tanto con vínculos civiles como laborales; es indispensable entonces verificar si la autonomía del prestador ha sido realmente desplazada por un poder organizativo ajeno.

De allí que la doctrina de Egúsqiza Bazán y Solano Lozano (2025) nos demuestra que la desnaturalización requiere constatar una pérdida real de independencia y no simplemente la coexistencia de mecanismos de coordinación funcional, propios de la coordinación en el marco de una locación de servicios.

Por consiguiente, la coordinación puede estar presente tanto en relaciones civiles como laborales, sin necesidad de que ello tergiversar alguna de las instituciones antes mencionadas.

Entonces lo que activa la primacía de la realidad no es la intensidad de la comunicación ni la formalidad de los mecanismos de seguimiento, sino la demostración de que el prestador se encuentra sujeto a un poder estructural de dirección que limita sustancialmente su autonomía como locador.

En suma, cuando la autonomía permanece intacta y el control se circunscribe al resultado del encargo, la coordinación no trasciende el ámbito civil. Solo

cuando dicha coordinación se convierte en instrumento de mando y disciplina puede afirmarse que la realidad fáctica revela una subordinación encubierta.

3. La desnaturalización del vínculo civil: neutralización de la autonomía y pérdida de la capacidad real de autoorganización

Siendo así, la única forma en que los mecanismos de coordinación pueden dar lugar a una subordinación jurídicamente relevante es cuando estos operan de tal manera que neutralizan la autonomía del locador y le hacen perder su capacidad real de autoorganización.

No se trata, por tanto, de la mera existencia de comunicaciones, reportes o reuniones, sino de evaluar si tales prácticas han vaciado de contenido la libertad del prestador para organizar su actividad y ejecutar el servicio conforme a criterios propios (Ore Rojas, 2025).

Así pues, la desnaturalización de un contrato de locación de servicios, solo podrá configurarse cuando la coordinación deja de cumplir una función instrumental orientada al resultado y se transforma en un sistema de control directo sobre la actividad del locador, limitando su autonomía y la forma en la que este presta el servicio para el que fue contratado.

Ello ocurre cuando el comitente no solo verifica el avance o el cumplimiento del encargo, sino que impone de manera constante el modo específico de ejecución, determina unilateralmente los tiempos, condiciona la disponibilidad del prestador, restringe su capacidad de decisión técnica y sustituye su criterio profesional por instrucciones obligatorias y permanentes.

En este contexto, la coordinación ya no concilia voluntades contractuales, sino que se convierte en una herramienta propia del poder de dirección. De esta forma, la pérdida de la potestad real de autoorganización del locador, se manifestará cuando el actor carezca de decisión en la prestación del servicio, o cuando no pueda reorganizar su trabajo ante eventualidades o inclusive cuando reciba instrucciones detalladas, continuas y con reclamos durante cada fase de la prestación del servicio. (Antezana Vargas, 2025).

Con dicho escenario, queda claro que la autonomía deja de ser formal y pasa a ser meramente aparente, pues el prestador se ve obligado a ejecutar el servicio conforme a directrices externas que rigen su conducta de manera similar a un régimen laboral, lo que contraviene de forma directa a la autonomía del locador.

Asimismo, es importante destacar que, el entorpecimiento de la autonomía propia del locador de servicios se evidencia cuando los mecanismos de coordinación se acompañan de sanciones –fuera del marco de contrato–, tales como el apartamiento de futuras prestaciones, la reducción unilateral de servicios, la imposición de penalidades no contractuales o la exigencia de disponibilidad permanente.

En estas escenas, la coordinación pierde su noción como finalidad de seguimiento propia del interés contractual y se constituye como un armazón de control que vincula la continuidad del servicio y la obtención de ingresos, afectando de manera sustancial la independencia del locador.

Por consiguiente, la desnaturalización de la locación de servicios no se produce por la intensidad de la coordinación, sino por su efecto estructural sobre la autonomía del prestador.

En conclusión, mientras el locador conserve la capacidad real de autoorganizar su trabajo, decidir los medios de ejecución y asumir el riesgo propio de la prestación, la relación mantiene su naturaleza civil. Solo cuando dicha autonomía es anulada en los hechos, y la coordinación se convierte en un sustituto del poder de dirección empresarial, puede afirmarse válidamente que el vínculo ha sido desnaturalizado y que nos encontramos ante una subordinación encubierta.

VII. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

La única forma en que los mecanismos de coordinación pueden dar lugar a una subordinación jurídicamente relevante es cuando estos operan de tal manera que neutralizan la autonomía del locador y le hacen perder su capacidad real de autoorganización.

De esta manera, la subordinación no debe ser interpretada como “tangible” con la simple existencia de interacción funcional, pues esta requiere de la presencia de un poder organizativo que absorba la capacidad decisoria del prestador y a razón de ella, el empleador lo integre en la estructura empresarial ajena (Sanguinetti Raymond, 2023).

Es decir, no puede hablarse de subordinación con la mera existencia de comunicaciones, reportes o reuniones, sino de evaluar si tales prácticas han vaciado de contenido la libertad del locador de servicios para desempeñar la actividad para la cual ha sido contratado. De allí que la doctrina haya advertido que el análisis de laboralidad exige verificar una dependencia efectiva y no simplemente constatar mecanismos externos de coordinación (Mamani Pérez, 2024).

Siendo así, la desnaturalización del vínculo civil se configura cuando la coordinación deja de cumplir una función instrumental orientada al resultado y se transforma en un sistema de control directo sobre la actividad del locador.

Este tipo de supuesto ocurrirá cuando el comitente no solo verifica el avance o el cumplimiento del encargo, sino que impone de manera constante el modo específico de ejecución, determina unilateralmente los tiempos, condiciona la disponibilidad del prestador, restringe su capacidad de decisión técnica y sustituye su criterio profesional por instrucciones obligatorias y permanentes. En estos supuestos, la coordinación ya no articula voluntades contractuales, sino que se convierte en un mecanismo de dirección, propio de una relación de dependencia jurídica (Arévalo Vela, 2021).

En línea con ello, la jurisprudencia nacional, en particular la desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la República, ha sido precisa al sostener que la desnaturalización de la locación de servicios solo se configura cuando la coordinación se transforma en un instrumento de control que neutraliza la autonomía del prestador y lo priva de su capacidad real de autoorganización. Así, el criterio decisivo no reside en la intensidad de la interacción entre las partes, sino en los efectos que dicha interacción produce sobre la independencia funcional del locador.

Incluso, desde una perspectiva comparada, los ordenamientos español y colombiano refuerzan esta conclusión al coincidir en que la coordinación operativa es compatible con relaciones no laborales, siempre que no derive en una inserción estructural del prestador en la organización del contratante. Esta convergencia jurisprudencial permite afirmar que el derecho del trabajo contemporáneo no proscribe la coordinación, sino su utilización como mecanismo encubierto de subordinación.

En conclusión, una interpretación expansiva que equipare toda forma de coordinación a subordinación no solo desnaturaliza la locación de servicios, sino que debilita la seguridad jurídica y restringe indebidamente la libertad contractual. El reto para los operadores jurídicos no consiste en erradicar la coordinación, sino en identificar con precisión cuándo esta deja de ser funcional al contrato civil y se convierte en una manifestación del poder de dirección empresarial. Solo en ese punto resulta legítimo afirmar que la relación ha sido desnaturalizada y que corresponde aplicar la tutela propia del derecho del trabajo.

VIII. REFERENCIAS

- Antezana Vargas, B. (2025). Uso indebido del contrato de locación de servicios y reposición laboral por desnaturalización en el sector público: Análisis casuístico de la Municipalidad de El Agustino en el periodo 2024–2025 [Tesis de pregrado, Universidad San Ignacio de Loyola]. <https://repositorio.unsch.edu.pe/items/79400c21-22a0-4abb-8641-3dec3b870b2f>
- Arévalo Vela, J. (2021). El contrato de trabajo en la legislación peruana vigente. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 3(3), 13–55. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v3i3.2>
- Castillo Freyre, M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *THÈMIS-Revista de Derecho*, (66), 209–220.
- Congreso de la República del Perú. (1984). Código Civil (Decreto Legislativo N.º 295).
- Congreso de la República del Perú. (1993). Constitución Política del Perú.

Congreso de la República del Perú. (2010). Ley N.º 29497, Ley Procesal del Trabajo.

Correa-Calderón, E. C., Recalde-Gracey, A. E., Rojas-Luján, V. W., & Morales-Salazar, P. O. (2023). Desnaturalización del contrato de locación de servicios en la vulneración de derechos laborales, Perú. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 8(Supl. 2), 72–89. <https://doi.org/10.35381/racji.v8i2.2898>

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. (2025). Sentencia SL551-2025.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2025). Casación N.º 23067-2022, Arequipa: Desnaturalización de contrato y otros (8 de mayo de 2025).

Corte Suprema de Justicia de la República. (2025). Casación Laboral N.º 25807-2023, Lima: Desnaturalización de contrato y otros (27 de octubre de 2025).

De Lama Laura, M. G. (2012). Determinación del vínculo laboral: Casos especiales de contratación fraudulenta de locación de servicios y utilización de la figura cuarta–quinta. *Contadores & Empresa*, (184), C-7–C-10.

Egúsquiza Bazán, A. G., & Solano Lozano, M. A. (2025). Casación N.º 14965: La desnaturalización de la categoría de obreros municipales de la Ley N.º 27972 [Trabajo de suficiencia profesional, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas]. https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/686484/Eg%C3%BAsquiza_BA.pdf

Ermida Uriarte, O., & Hernández Álvarez, O. (2002). Crítica de la subordinación. *IUS ET VERITAS*, 13(25), 281–295. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214>

Espinoza Escobar, J. H. (2023). Subordinación y tiempo de trabajo en el ordenamiento laboral peruano: La idoneidad de la “puesta a disposición” para la determinación del tiempo de trabajo. *Jurídicas*, 20(1), 183–201. <https://doi.org/10.17151/jurid.2023.20.1.9>

Huaman Componero, E. M. (2025). La jurisprudencia laboral peruana y la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Federico Villarreal]. <https://reposito->

rio.unfv.edu.pe/server/api/core/bitstreams/35907525-1f28-422b-ae03-e116f37f63b2/content

- Llerena Flores, J., Ramos Falcon, M. E., & Regalado Lagos, A. (2025). Aplicación del principio de primacía de la realidad frente a la desnaturalización de los contratos por locación de servicios en el sector público: Análisis jurídico-doctrinal [Tesis de pregrado, Universidad Autónoma del Perú]. <https://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13067/4168/Llerena%20Flores%2C%20J.%2C%20Ramos%20Falcon%2C%20M.%20E.%2C%20%26%20Regalado%20Lagos%2C%20A..pdf>
- Mamani Pérez, D. V. (2024). Análisis jurídico de la desnaturalización de los contratos de locación de servicios y el principio de primacía de la realidad en los contratos de trabajo del régimen privado – Juliaca, 2023 [Tesis de pregrado, Universidad Peruana del Centro]. <http://repositorio.upsc.edu.pe/handle/UPSC/927>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (1997, 27 de marzo). Decreto Supremo N.º 003-97-TR: Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Diario Oficial El Peruano.
- Organización Internacional del Trabajo. (2006). Recomendación N.º 198 sobre la relación de trabajo. OIT.
- Ore Rojas, V. E. (2025). Desnaturalización del contrato de locación de servicios frente al principio de primacía de la realidad en el régimen laboral privado: Análisis de sentencias del Juzgado de Trabajo Supraprovincial de Ayacucho, 2023 [Tesis de pregrado, Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga]. <https://repositorio.unsch.edu.pe/server/api/core/bitstreams/ff96f324-163e-40a1-a36c-e10b07edb5e7/content>
- Pulache, A. G. (2025). La subordinación como criterio clave para la acreditación del contrato de trabajo [Tesis de pregrado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas]. https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/686471/Pulache_AG.pdf
- Reyes Mishari, M. A., & Barreto Reyes, M. S. (2024). Locación de servicios y derechos laborales como proceso de cambios en el Perú. Dilemas Con-

temporáneos: Educación, Política y Valores, 12(1), Artículo 81. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v12i1.4358>

Rosenvald, N. (2010). Comentario al artículo 593. En C. Peluso (Coord.), Código Civil comentado. Doutrina e jurisprudência (pp. 625–626). Manole.

Sanguinetti Raymond, W. (2000). El contrato de locación de servicios en el Código Civil de 1984. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/5ae735f8-83e5-41e3-815c-0e97df03d0b0>

Sanguinetti Raymond, W. (2023). El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía. *Laborem*, 20(27), 17–47. <https://doi.org/10.56932/laborem.20.27.1>

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

Top, D., & Enache, N. (2021). Límites de subordinación del empleado al empleador y autocracia laboral. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, (2).

Vílchez Garcés, L. (2008). Desnaturalización del contrato de trabajo. *IUS ET VERITAS*, 18(36), 366–384. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12266>

INTERNACIONAL

Los neuroderechos laborales, ¿necesario o prescindible reconocimiento jurídico?*

Neuro-rights in the workplace: necessary or unnecessary legal recognition?

MARÍA BELÉN CARDONA RUBERT**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia, España
Correo electrónico: cardonab@uv.es
Código ORCID: 0000-0002-9260-6207

RESUMEN: Los avances en la neurociencia y la neurotecnología facilitan una mayor y más profunda interpretación de la actividad neuronal y la posibilidad de manipulación cerebral directa. Las implicaciones de tipo ético, moral y sociales que pueden derivarse del acceso por agentes externos a los datos cerebrales individuales es una cuestión de suma relevancia reivindicar un marco que proteja la seguridad y privacidad de los datos neuropsicológicos y que proporcione, en definitiva, una tutela eficaz a la integridad y la autonomía de las personas frente a las nuevas amenazas. Ante dichos avances y aplicaciones a la vida humana, aparece el debate sobre la necesidad y/o conveniencia de propugnar la reconceptualización de determinados derechos humanos, o incluso la creación de nuevos derechos para proteger a las personas de posibles daños y que obligaría a una reconceptualización ética y jurídica. El Derecho del Trabajo no debe permanecer impertérrito ante este debate sobre el reconocimiento de neuroderechos de los trabajadores sino, por el contrario, participar de él a para proteger los derechos de los trabajadores y garantizar, así, un entorno laboral justo.

ABSTRACT: Advances in neuroscience and neurotechnology facilitate a greater and deeper understanding of neural activity and the possibility of direct brain manipulation. The ethical, moral and social implications that may arise from external agents accessing individual brain data are a matter of utmost importance. It is essential to establish a framework that protects the security and privacy of neuropsychological data and, ultimately, provides effective protection for the integrity and autonomy of individuals in the face of new threats. In view of these advances and applications to human life, there

* Artículo realizado en el contexto del Proyecto “Digitalización, políticas públicas de empleo inclusivas y discriminación algorítmica” (PID2024-158032OB-I00)

** Miembro Promotor del Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia. Vocal de la Comisión General de Codificación de la Sección Tercera, Derecho Público del Ministerio de Justicia, Gobierno de España. Investigadora Principal 1 del Proyecto “Digitalización, políticas públicas de empleo inclusivas y discriminación algorítmica” (PID2024-158032OB-I00). Miembro del equipo de investigación del Proyecto “Consecuencias y transformaciones claves en las instituciones centrales del marco jurídico laboral por aplicación de los sistemas de inteligencia artificial en el trabajo y en la organización y gestión de personas”, Fundación Ramón Areces. Dir. Del Rey Guanter.

is a debate about the need and/or advisability of advocating the reconceptualisation of certain human rights, or even the creation of new rights to protect individuals from possible harm, which would require an ethical and legal reconceptualisation. Labour law should not remain unmoved by the debate on the recognition of workers' neurorights but, on the contrary, should participate in it in order to protect workers' rights and thus guarantee a fair working environment.

PALABRAS CLAVE: datos cerebrales, manipulación cognitiva, neuroderechos laborales, seguridad y privacidad neuropsicológica.

KEYWORDS: brain data, cognitive manipulation, neuro-employment rights, neuropsychological security and privacy.

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Neurociencia y neurotecnología puertas de acceso al conocimiento profundo del individuo. III. El debate sobre la necesidad del reconocimiento de los neuroderechos. IV. ¿Es necesaria una específica protección legal de los neuroderechos? V. ¿Podemos hablar de neuroderechos laborales? VI. Conclusiones.

112 I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La tecnología ha alcanzado cuotas inimaginables, apenas hace unas décadas, que definen y marcan el ritmo del progreso de la humanidad y de la sociedad en su conjunto. Pasando de ser un factor más de progreso, tenido en consideración junto a otros, a situarse en el epicentro de las políticas económicas y sociales, con capacidad de condicionar la estabilidad de los gobiernos y de los propios sistemas políticos.

Si hay algo que define nuestra época es la digitalización y su impacto sobre la economía y la sociedad. Una época definida por las transformaciones que la revolución digital ha propiciado en las relaciones humanas. La digitalización cambia definitivamente la manera de comunicarnos y relacionarnos, así como la forma de trabajar y de crear valor.

La tecnología impulsa el progreso, al tiempo que condiciona y determina los sistemas de relaciones sociales e industriales. Es en la empresa y en la rela-

ción vertical que se establece entre el empleador y sus trabajadores en las que resultan visibles muchos de los efectos de su implantación. Dichos efectos son incuestionablemente positivos, pero a ellos se suman otros cuyas bondades son menos reconocibles, nos referimos a los riesgos derivados para la esfera de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

Los cambios impulsados por el avance de la tecnología han alcanzado lo que parece, hasta el momento, su cima con la introducción y utilización de la inteligencia artificial (IA), no solo desde una perspectiva global sino, particularmente, en el mundo del trabajo. Para las relaciones laborales, la IA es más que una herramienta utilísima, tanto para su gestión como para la ejecución de la prestación laboral, presentándose como un agente transformador para la reconfiguración de la empresa.

Las tecnologías digitales abren nuevos escenarios para la organización del trabajo y la ejecución de la prestación laboral. Esta transformación nos sitúa en un escenario de no retorno que obliga, ineludiblemente, a considerar la perspectiva de la garantía de los derechos digitales como uno de los retos más importantes a regular.

En este escenario la IA emerge con un potencial transformador único y exponencialmente superior a las tecnologías que la han precedido, implicando desafíos y oportunidades que requieren una revisión crítica de las normativas laborales actuales. Puede decirse, sin temor a formular expresiones grandilocuentes, que la introducción de los algoritmos en la gestión del personal ha revolucionado absolutamente los sistemas de trabajo y los modelos organizativos de la empresa.

Es fundamental considerar cómo el derecho del trabajo debe adaptarse para proteger los derechos de los trabajadores y garantizar un entorno laboral justo.

En este contexto de avances, la neurociencia y neurotecnología, sumadas a la extensión de la inteligencia artificial a todos los ámbitos de la vida social y económica abren la puerta de acceso a información relevante para adentrarnos en el nivel cognitivo y en el conocimiento de las razones y motivaciones profundas del comportamiento y conducta humanas.

II. NEUROCIENCIA Y NEUROTECNOLOGÍA PUERTAS DE ACCESO AL CONOCIMIENTO PROFUNDO DEL INDIVIDUO

La evolución de la tecnología abre posibilidades inexploradas de acceso al cerebro humano, posibilidades sin precedentes para acceder, recopilar, compartir y manipular información del cerebro humano.

La neurotecnología hace referencia a los dispositivos y procedimientos utilizados para acceder, controlar, investigar, evaluar, manipular y/o emular la estructura y función de los sistemas neuronales de animales o seres humanos.

La utilización de la neurotecnología combinada con la IA en el ámbito clínico y en el de la investigación científica es, desde hace tiempo, una realidad. Sus beneficios para el bienestar humano son, a todas luces, incuestionables. Así, la mejora de los procesos de detección y predicción de trastornos neurológicos, mediante la identificación de patrones que indiquen la presencia de enfermedades neurológicas o de la calidad de vida de las personas con discapacidades físicas y neurológicas, los implantes cocleares, el control de prótesis robóticas por la mente, la mejora de la neuroplasticidad o el tratamiento de la depresión, con estimulación cerebral profunda, son algunas de las aplicaciones que contribuyen al bienestar humano.

Estos y otros avances han coadyuvado a un incremento en el uso y la accesibilidad de las neurotecnologías. En principio, utilizadas con fines clínicos y de investigación o por personas interesadas en mejorar sus capacidades cognitivas (neuroenhancement), desde el momento que dichas tecnologías se incorporan en dispositivos neurotecnológicos comercializados, objetos de consumo, proyectan su implantación en otros entornos como los educativos, los del marketing (neuromarketing), entornos de entretenimiento o laborales.

En los últimos años, varias aplicaciones de neurotecnología han llegado al mercado y ahora se integran en dispositivos de consumo para usuarios con fines *extra* clínicos. Hoy en día, las aplicaciones de la neurotecnología incluyen interfaces cerebro-ordenador, las conocidas como *BCI*, según su acrónimo anglosajón, para el control de dispositivos o la neuromonitorización en tiempo real,

sistemas de conducción de vehículos basados en neurosensores, herramientas de entrenamiento cognitivo, estimulación cerebral eléctrica y magnética, dispositivos wearables para el bienestar mental y sistemas de realidad virtual. La mayoría de estas aplicaciones utilizan registros de electroencefalografía (EEG) para monitorizar la actividad eléctrica del cerebro con diversos fines, entre los que se incluyen la neuromonitorización (evaluación en tiempo real del funcionamiento cerebral), el entrenamiento neurocognitivo (utilizando determinadas bandas de frecuencia para mejorar las funciones neurocognitivas) y el control de dispositivos. Estas tecnologías se utilizan cada vez más como accesorios portátiles para las actividades cotidianas.

Junto a esta modalidad de utilización de neurotecnología no invasiva, conocida como «neurotecnología omnipresente»¹, se sitúa otra, a partir de la cual resultaría posible acceder a «una cartografía humana exhaustiva»², que permitiría conocer las emociones, intenciones y estados de ánimo, dejando de ser la mente la fortaleza inexpugnable que conteniendo todas ellas, las tutela.

Se abriría la puerta del yo inconsciente, que habilitaría el acceso a terceros de una información de gran relevancia, salvaguardada *a priori* por la voluntad del propio sujeto titular de la misma, facultado para dar traslado parcial o total a su mundo interior. Esta información facilitaría un conocimiento completo y, en ocasiones, superior o, como mínimo, más extenso y complejo del que el propio sujeto puede tener de sí mismo, aun partiendo de individuos con capacidad contrastada de introspección y auto reflexión.

La neurociencia y la neurotecnología están avanzando a pasos agigantados, permitiendo una mayor y más profunda interpretación de la actividad neuronal y la posibilidad de manipulación cerebral directa —un ámbito en el que puede resultar muy visual lo que estamos señalando es el ámbito del neuromarketing—. Se trata de tecnologías que facilitan el acceso a la identidad más profunda del

1 Vid. FERNÁNDEZ, A., SRIRAMAN, N., GUREVITZ, B., QUILLER, O., *Pervasive Neurotechnology: a groundbreaking analysis of 10,000+ Patent Filings Transforming Medicine, Health, Entertainment and Business*, SharpBrains, San Francisco, 2015.

2 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., Algoritmos, psicometría y derechos del yo inconsciente de la persona en el ámbito socio-laboral, *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 18, 2023, p. 19.

individuo, proporcionando información «que permite comprender, en última instancia, la conciencia y el pensamiento individual de cada persona. Podría decirse que, a su través, se hace posible entrar en la intimidad de la intimidad»³.

De manera que se estaría permitiendo su uso y, por lo tanto, el aprovechamiento de sus utilidades, particularmente, registrar, analizar y manipular la actividad cerebral sin, *a priori*, disponer de un marco jurídico que proscriba que el mismo pueda realizarse por personas sin la formación requerida o bajo la supervisión adecuada.

Es sencillo vislumbrar las implicaciones de tipo ético, moral, neuropsicológicas y sociales que pueden derivarse del acceso por agentes externos a los datos cerebrales individuales por lo que, sin duda, es una cuestión de suma relevancia reivindicar un marco que proteja la seguridad y privacidad de los datos neuropsicológicos y que proporcione, en definitiva, una tutela eficaz a la integridad y la autonomía de las personas frente a las nuevas amenazas.

A través de estas tecnologías se penetraría en la última frontera de la intimidad: el pensamiento. Se resquebrajaría, así, la idea de la mente como «último refugio de la libertad personal y la autodeterminación personal»⁴.

Los avances neurocientíficos y neurotecnológicos permiten el desbloqueo progresivo del cerebro humano y proporcionan información sobre los procesos cerebrales, así como sobre su relación con los estados mentales y el comportamiento observable. E, incluso, permite ir más allá, facilitando el adentramiento en el ámbito de las intenciones, opiniones y actitudes de las personas, a partir de la descodificación de la actividad cerebral.

3 RAMOS QUINTANA, M. I., MERCADER UGUINA, J., Los neuroderechos laborales: la neurotecnología llega al lugar de trabajo, Trabajo y Derecho, núm. 117, 2024, p.4.

4 IENCA, M., ANDORNO, R., Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology, Life Sciences, Society and Policy, 2017, 13(5), p. 1.

III. EL DEBATE SOBRE LA NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LOS NEURODERECHOS

Algunos de los avances y aplicaciones de estas tecnologías a la vida humana pueden comportar, como señalábamos, importantes riesgos para la esfera de los derechos humanos. La posibilidad de saber cómo controlar las emociones, identificar los pensamientos o acceder a la memoria, puede llegar a ser una amenaza para la salud mental de los seres humanos. Es precisamente desde este enfoque, cuando surge el debate sobre la necesidad y/o conveniencia de propugnar la reconceptualización de determinados derechos humanos, o incluso la creación de nuevos derechos para proteger a las personas de posibles daños, que obligaría a una reconceptualización ética y jurídica. Cobraría, así, sentido la defensa del derecho a la neuroprotección, un seudo nuevo derecho, entendido como la categoría que abrazaría un contenido múltiple de neuroderechos que se traduciría en facultades invocables por las personas frente a ataques o transgresiones arbitrarias y que demandaría, al tiempo, acciones positivas por parte de la comunidad internacional y los estados, dirigidas a brindar dicha protección.

Los mayores impulsores de esta tendencia han sido los biólogos, neurocientíficos y neurotecnólogos. Son conocidos los trabajos de IENCA Y ADORNO pero, sobre todo, los liderados por YUSTE.

Para IENCA y ADORNO, el derecho a la neuroprotección incluiría el derecho a la libertad cognitiva, el derecho a la privacidad mental, el derecho a la integridad mental y el derecho a la continuidad psicológica⁵. Siguiendo a YUSTE y GOERING, son cuatro los núcleos sobre los que se extiende la preocupación sobre las implicaciones del empleo de las neurotecnologías, a saber, la identidad, la privacidad, el libre albedrío y el sesgo. Según estos autores dichas áreas deben convertirse en derechos para garantizar su tutela. En línea con este planteamiento, YUSTE aboga por la inclusión de los neuroderechos en el catálogo de derechos humanos incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶.

5 IENCA, M., ANDORNO, R., Towards new human rights in the age..., *op. cit.*, p. 2.

6 YUSTE, R., GOERING, S., ARCAS, B. *et al.* Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. *Nature* 551, 159-163 (2017). <https://doi.org/10.1038/551159a>

En la evolución académica de este concepto, cabe citar los trabajos del grupo «*Morningside*», liderado por YUSTE, propugnando una categoría de nuevos derechos humanos, los neuroderechos, con la finalidad de proteger la actividad cerebral y los datos del cerebro. Según estos trabajos, el genérico derecho a la neuroprotección abarcaría hasta cinco neuroderechos: el derecho a la identidad o la capacidad de controlar tanto la integridad física como mental; el derecho a la libertad de pensamiento y el libre albedrío para elegir las propias acciones; el derecho a la privacidad mental; el derecho al acceso equitativo a los beneficios sobre la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnología; y el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico⁷.

El derecho a la identidad, garantizaría el control sobre la integridad física y mental, evitando la introducción de alteraciones que comprometan la esencia personal. El Libre albedrío, preservaría, básicamente, la capacidad individual de elegir sin interferencias tecnológicas; que puedan llegar a condicionar las decisiones, ya que a través de la manipulación cognitiva, se puede influir en decisiones y comportamientos sin consentimiento explícito, generando riesgos éticos graves. En cuanto a la privacidad mental, protegería la información cerebral frente a accesos indebidos, reconociendo la mente como última frontera de la intimidad. Por lo que se refiere al derecho al acceso equitativo a los beneficios sobre la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnología, este derecho se refiere a que los beneficios sobre el incremento y mejora de dichas capacidades sean accesibles y distribuidas entre la población y que no queden preservados a algunas élites. Estaríamos hablando de intervenciones médicas, psicológicas, pero, sobre todo, de estructuras tecnológicas e institucionales externas que apoyen y mejoren la cognición y que, de no garantizar ese acceso equitativo entre ciudadanos, generarían resultados contrarios al principio de igualdad y, por lo tanto, servirían para consagrar sociedades más injustas⁸.

7 Algunos de estos trabajos pueden ser consultados en la web de la Neurorights Foundation (<https://neurorightsfoundation.org/>), fundación que tiene por objeto la protección de los derechos humanos frente al posible mal uso o abuso de la neurotecnología, impulsando la creación de un nuevo marco de protección.

8 Vid. MASCITTI, M., El rango constitucional de los neuroderechos como una exigencia de justicia. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 46, 2022, p. 159.

Por último, la protección contra el sesgo algorítmico, evitaría que sistemas de inteligencia artificial reproduzcan discriminaciones que afectan al principio de igualdad y no discriminación, ya que el uso de perfiles neurocognitivos puede generar sesgos y exclusiones injustificadas en ámbitos laborales y sociales. “Una de las caras más oscuras de la inteligencia artificial es que puede contribuir a generar una onda expansiva de las causas de discriminación prohibidas, incrementando adicionalmente la vulnerabilidad de las personas por sus características personales”⁹, características de todo tipo: físicas, psíquicas, de género, edad, raza, origen nacional, orientación o condición sexual, o características neurocognitivas.

En este contexto, se abre, sin duda, para la Academia la oportunidad de debatir sobre el sentido y el alcance de estos derechos. Desde las posiciones más innovadoras, se sostiene la pertinencia de su consideración como nuevos derechos emergentes, que exigirían la configuración de un nuevo marco jurídico internacional y de derechos humanos, entendido como un nuevo conjunto de derechos humanos para el cerebro¹⁰.

Desde posiciones más conservadoras, se propugnaría, sin negar la existencia del derecho a la protección de la actividad cerebral y los datos neuronales, proceder a su encaje en categorías existentes de derechos, mediante su reformulación o meramente su extensión, para evitar un escenario de inflación de derechos debilitados y excesivamente fragmentados. Desde esta posición se reivindicaría el marco jurídico existente como capaz de ofrecer una tutela eficaz, pero sin negar la necesidad de completarla, a través de previsiones legales específicas.

Se cual sea la posición que se adopte, es indudable que nos hallamos ante cuestiones que, aunque pudieran parecer proyecciones hacia el futuro, son cuestiones de un presente *“altamente dinámico en el cual se logran avances científicos y tecnológicos de unas características y a una velocidad sin precedentes en la historia de la humanidad”* y que obligan a acelerar los esfuerzos por definir y concretar ese marco de neuroderechos, con capacidad de garantizar una suerte de escudo

9 CARDONA RUBERT, M.B., La Inteligencia Artificial y su impacto en el futuro del Derecho del Trabajo. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, n. 131, 2025, p. 5.

10 YUSTE, R., GENSER, J., Y HERRMANN, S. It's Time for Neuro-Rights: New Human Rights for the Age of Neurotechnology. Horizons, 2017, n. 18, pp. 154-164.

protector, que tutele a los individuos de injerencias ilegítimas en el aspecto más reservado y vulnerable del ser humano. Así lo señala la Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe, en su preámbulo¹¹.

Sería una ingenuidad eludir este debate. Nuestra historia más reciente nos demuestra que la tecnología evoluciona a un ritmo imposible de seguir por el regulador y es esta elevada capacidad evolutiva y de transformación de las tecnologías la que empuja e, incluso, obliga a los legisladores contemporáneos a abandonar los planteamientos meramente reactivos para adoptar actitudes proactivas, procurando acompañar e, incluso, si ello fuera posible anticiparse a los escenarios de su implantación y empleo en los diversos ámbitos de la sociedad, aportando soluciones regulatorias.

Como mínimo, los continuos avances en neurotecnología abocan a la evaluación del marco de los derechos humanos, desde la perspectiva conceptual y jurídica, analizando si está lo suficientemente bien pertrechado para hacer frente a los nuevos desafíos. De las conclusiones de dicha evaluación podrían beneficiarse tanto los desarrolladores e investigadores de estas tecnologías, como los individuos.

IV. ¿ES NECESARIA UNA ESPECÍFICA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS NEURODERECHOS?: EL MARCO REGULATORIO EXISTENTE

Los retos tecnológicos a los que se enfrenta el mundo actual no tienen precedentes. La neurotecnología es una manifestación más de este hecho, su rápido desarrollo y su enorme potencial transformador plantea indudables retos en materia de derechos fundamentales. Se trata de derechos no previstos, expresamente como tales, por las cartas y tratados internacionales y supranacionales, los cuales aun ofreciendo un marco suficientemente laxo para dar cabida en, términos generales, a las nuevas generaciones de derechos, sin embargo, no fueron diseñados para hacer frente a los desafíos de la neurotecnología y a su

11 Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe. Preámbulo. Este texto fue aprobado en la XXXVII Asamblea Ordinaria del Parlatino. <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/ley-modelo-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

impacto sobre la esfera de los derechos de las personas y, en concreto, sobre los neuroderechos.

La norma pionera que introduce una referencia a este tipo de tecnologías la encontramos en Chile y no se trata de cualquier norma sino, nada más y nada menos, que de su Constitución. Tras la reforma realizada sobre su texto, por la Ley 21823/2021, de 25 de octubre que modifica la Carta Fundamental para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas, introduce un inciso en el párrafo final del art. 19.1, con el siguiente tenor: “el desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”. Además, y como resultado de la reforma de la Constitución Chilena, el 9 de agosto de 2023, la Corte Suprema de Chile, dictó la primera sentencia en materia de neuroderechos y privacidad cerebral¹².

Cabe subrayar que las cuestiones relativas al reconocimiento de los neuroderechos han suscitado un inusitado interés en América Latina, confirmando su liderazgo y el carácter pionero de las diferentes iniciativas que se están emprendiendo en esta región del mundo. Prueba de ello son, entre otras, el Proyecto de Declaración con recomendaciones sobre la necesidad de introducción de los neuroderechos en las legislaciones de los Estados representados por los Parlamentos miembros del Parlamento Latinoamericano y Caribeño y la Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe.

En el primero de los documentos, se entiende como imprescindible legislar anticipadamente sobre los llamados neuroderechos como parte integrativa de los derechos humanos de cuarta generación, dentro de los textos constitucionales y en las respectivas legislaciones de los Congresos. Con tal motivo, se recogen veinte recomendaciones, entre las que destacan las destinadas a establecer la necesidad de modificar las correspondientes legislaciones en miras a lograr un desarrollo científico y tecnológico seguro y humanizado, que sirva al bienestar

12 <https://www.diariojudicial.com/uploads/0000053479-original.pdf>

general, sin alterar la indemnidad de la naturaleza humana, y por ende, respetando la vida, la privacidad, la autonomía de la voluntad y la integridad física, psíquica y mental de las personas. Además de que sean “procesos legislativos los que establezcan las obligaciones, derechos, condiciones y restricciones para el uso en las personas de las nuevas tecnologías y neurotecnologías, protocolizando los consentimientos y los límites a la voluntad, protegiendo especialmente la indemnidad y la integridad cerebro-mente”¹³.

La Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe, por su parte, reconoce que una de las fuentes principales de las que bebe, para su redacción, son los que denomina “ejemplares estudios” realizados por el Senado de la República de Chile, pionero en las iniciativas de legislación sobre neuroderechos¹⁴. Se trata de una norma, queridamente amplia, que contiene una propuesta normativa que se remite básicamente al marco filosófico conceptual, sin demasiadas especificidades, puesto que se trata de una ley que ha de servir de modelo, de referente legislativo, para su adopción por parte de los países de la región, para a partir de la misma proceder a la adaptación a las condiciones propias de cada uno de los países, en todos los ámbitos.

También la Organización de los Estados Americanos en marzo de 2023, publicó la Declaración de Principios Interamericanos en Materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos, en la que se reconoce la existencia de desafíos ético-jurídicos vinculados a las garantías de los derechos humanos ante el uso o aplicación imprudente de la neurociencia y neurotecnología, que pueda llegar a provocar alteraciones o intervenciones negativas en la actividad cerebral de las personas, afectando su personalidad e identidad¹⁵.

- 13 Parlamento Latinoamericano y Caribeño, Declaración con recomendaciones sobre la necesidad de introducción de los neuro derechos en las legislaciones de los Congresos de este PARLATINO (2022), <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/declaracion-neuroderechos.pdf>
- 14 Parlamento Latinoamericano y Caribeño, la Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe (2023), <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/ley-neuroderechos-7-3-2023.pdf>
- 15 OEA. CJI/RES. 281 (CII-O/23) corr.1 Declaración de Principios Interamericanos en Materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos. Marzo, 2023, Organización de los Estados Americanos. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_281_CII-O-23_corr1_ESP.pdf

A nivel legislativo estatal, a parte de la norma pionera chilena, otros estados de la región como México, Brasil, Argentina, Colombia o Uruguay están promoviendo proyectos de ley que permitan incluir los neuroderechos.

En este ámbito, Brasil, propone incluir la protección neuronal dentro de la Ley General de Protección de Datos, mediante el Projeto de Lei 522/2022 que modifica la Lei núm. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Define los datos neuronales como cualquier información obtenida directa o indirectamente de la actividad del sistema nervioso central, cuyo acceso se realice mediante interfaces cerebro-computadora o cualquier otra tecnología, invasiva o no invasiva. Los incluye entre los datos considerados sensibles, junto a los datos biométricos. Recoge definiciones de lo que cabe considerar como neurotecnología y de la interfaz cerebro-computadora¹⁶ e introduce una sección nueva destinada específicamente al tratamiento de datos neuronales¹⁷.

México cuenta, también, con un proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de neuroderechos y neurotecnologías y se reforman y adicionan diversas disposiciones en materia de neuroderechos y neurotecnologías¹⁸. Este texto establece bases y principios generales para garantizar la protección de la dignidad humana y el reconocimiento, respeto, promoción y defensa de los derechos humanos relacionados con el sistema nervioso central y periférico, así como con la actividad cerebral y mental de las personas. También se enfoca en la información derivada de estos sistemas, en consonancia con los avances científicos y tecnológicos, y en las recomendaciones éticas para salvaguardar la privacidad, la autonomía e integridad frente a las evaluaciones, intervenciones y usos de la neurotecnología. La ley se aplicará a todas las actividades que involucren el desarrollo y uso de neurotecnologías, garantizando el respeto a los derechos humanos y la dignidad de las personas, independientemente de si estas actividades son realizadas por entidades públicas o privadas en contextos de todo tipo, incluidos los laborales.

16 Art. 2 que modifica el artículo 5.º de la Ley N.º 13.709.

17 Art. 3.º amplía el Capítulo II de la Ley N.º 13.709 con la Sección II-A: Tratamiento de Datos Neuronales.

18 Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión Lxv Legislatura, Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la ley general de neuroderechos y neurotecnologías y se reforman y adicionan diversas disposiciones en materia de neuroderechos y neurotecnologías, 2024.

Uruguay, de manera similar a lo que acontece con Brasil, opta por proponer la modificación de su normativa en materia de protección de datos, agregando la actividad cerebral y neuronal, es decir, los neurodatos, a los datos personales sensibles. Para ello se propone la modificación del art. 4.E) de la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008, dedicado al reconocimiento de los datos sensibles¹⁹ que, según la redacción propuesta, debería quedar así: “dato sensible: datos personales que revelen origen racial y étnico, referencias políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical e informaciones referentes a la salud o a la vida sexual, la actividad cerebral y neuronal de las personas”.

Argentina, cuenta con varias iniciativas de reforma de normas existentes para reflejar las peculiaridades derivadas de la introducción de las neurotecnologías. Entre ellas destaca la modificación del Código Procesal Penal Federal de la Nación, para incluir como medios probatorios las técnicas de imagen cerebral y cualquier otro tipo de neurotecnología que permitan de algún modo inferir la actividad mental, mediante orden judicial²⁰.

Mayor calado está llamada a tener la conocida como Ley de Neuroderechos, que se presentó en el Congreso Argentino en 2025 mediante el Proyecto de Ley de Protección de la Actividad Cerebral, Privacidad Mental y Neurodatos” (expediente 6880-D-2025)²¹. Se trata de una iniciativa con vocación de cubrir el vacío que generan las neurotecnologías emergentes en relación con la mente humana. Se propone anticipar riesgos antes de que estas tecnologías estén ampliamente comercializados o usados sin una regulación clara y *ad hoc*.

Destaca de esta norma la singularidad de algunas de sus previsiones, entre otras: incorpora una serie de principios rectores adaptados a riesgos tecnológicos, para orientar tanto acciones estatales como privadas (la primacía de la persona sobre el avance tecnológico; transparencia, trazabilidad y proporcionalidad en el uso de neurotecnologías; protección de la seguridad de los neurodatos

19 <https://documentos.diputados.gub.uy/docs/L49/Repartid/R1152.pdf>

20 Proyecto de Ley. Código Procesal Penal Federal de la Nación. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad - ley 24660. Argentina. <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/0339-D-2022.pdf>

21 <https://rest.hcdn.gob.ar/web/tramites-parlamentarios/render/adjunto/69317c7d2278b.pdf>

y no discriminación “neurocognitiva” o algorítmica); introduce la evaluación de impacto neurotecnológico, orientada a identificar y mitigar riesgos para la privacidad mental y la protección de los neurodatos; reconoce el derecho de toda persona a “espacios cognitivos privados”, es decir, áreas mentales libres de monitoreo, registro o inferencia tecnológica sin consentimiento destinadas a tutelar a las personas frente a prácticas de neurotecnologías intrusivas. En definitiva, estamos ante una norma moderna, que anticipa escenarios, con una vocación determinada y firme de garantizar el equilibrio entre la innovación tecnológica y los derechos fundamentales.

Colombia, por su parte, propone el proyecto de ley 395/2025 del Senado de Colombia, oficialmente titulado “Por la cual se regulan principios en materia de neurociencias, neurotecnologías, derechos humanos y se dictan otras disposiciones”, cuyo propósito es crear un marco ético y legal para el desarrollo, uso y gobernanza de las neurociencias y neurotecnologías.

En cualquier caso, en el contexto mundial, las iniciativas legislativas que hemos visitado, siguen constituyendo casos minoritarios ya que, en la mayoría de los contextos nacionales, supranacionales e internacionales, aun habiéndose introducido el debate, todavía no encontramos. Una inclusión normativa.

Un ejemplo de lo anterior podría ser el caso del estado español puesto que para encontrar una referencia expresa a los neuroderechos, debemos asomarnos al texto de la Carta de Derechos Digitales, un texto pionero en su género.

A pesar de que la Carta se sitúa en el extrarradio de lo normativo, para situarse en el ámbito de lo declarativo, al tratarse de *soft law*, es significativo que se dedique un título completo, el XXVI, a los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías.

En el texto de la Carta se prevé que las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías podrán ser reguladas por la ley, con la finalidad de garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad; la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones; asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos

obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos; regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica, asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados. Para acabar, garantizando la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación, y establecer que, de acuerdo en su caso con los tratados y convenios internacionales, la ley podrá regular aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas.

El objetivo de la Carta de Derechos Digitales, según lo declarado en su propio texto, en el apartado de consideraciones previas, es reconocer los retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto. Amén de proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos el entorno digital, aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos. Así como, «contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo a nivel europeo y, con ello, liderar un proceso imprescindible a nivel global para garantizar una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro». Podemos coincidir con lo declarado porque parece que, como mínimo, el texto de la Carta está sirviendo para adelantarse a los retos de adaptación de los derechos al entorno digital, contribuyendo a los procesos de reflexión, en nuestro caso, también en cuanto a los neuroderechos en el entorno digital.

Es importante subrayar que la tutela de los derechos de las personas frente al empleo de las neurotecnologías no se sitúa en la nada, sino que lo hace en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y de los ordenamientos jurídicos y en el marco, más amplio, del debate en la comunidad internacional, sobre el empleo de las neurotecnologías y la frontera del respeto a los derechos humanos.

Volviendo al contexto internacional, diversos organismos como OCDE y UNESCO promueven la supervisión ética y regulatoria en neurotecnologías a

nivel global, para armonizar derechos y tecnología, que aseguren transparencia y protección en usos no clínicos y laborales. Desde la OCDE que aprueba en 2019 la «Recomendación sobre innovación responsable en neurotecnología», desde la perspectiva de las aplicaciones de la neurotecnología a la salud, a la UNESCO o el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

En el seno de la UNESCO, se están conduciendo estudios que remarcan que el crecimiento de la neurotecnología y su intersección con la Inteligencia Artificial requiere una supervisión ética para proteger los derechos humanos. En el año 2021, el Comité Internacional de Bioética (CIB) emite el Informe sobre cuestiones éticas de la neurotecnología, en el que se introduce una panoplia de cuestiones éticas derivadas de la neurotecnología, que pueden poner en peligro los derechos humanos y las libertades fundamentales²². Basándose en el anterior informe, se realiza un estudio preliminar sobre la ética de la neurotecnología, que incluye una recomendación que analiza los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre aquella. Este estudio coincide con las conclusiones del informe del CIB, que propone que la UNESCO puede abordar estas cuestiones, entre otras formas, mediante un instrumento normativo²³. También en sede del Consejo de Derechos Humanos (ONU) se está impulsando la realización de informes que aborden las distintas afecciones que la implantación de las neurotecnologías proyecta sobre la esfera de los derechos humanos²⁴.

22 Informe del Comité Internacional de Bioética (CIB) sobre cuestiones éticas de la neurotecnología, diciembre 2021, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000383559>

23 UNESCO, Estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la neurotecnología, 6 de abril de 2023, 216ª Reunión del Consejo Ejecutivo.

24 El 6 de octubre de 2022 el Consejo de Derechos Humanos, en su resolución 51/3, solicitó al Comité Asesor que preparase un estudio sobre los efectos, las oportunidades y los retos de la neurotecnología en relación con la promoción y la protección de todos los derechos humanos. A partir de este hito, se han sucedido los informes sobre esta cuestión, entre otros: «Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología en relación con la promoción y la protección de todos los derechos humanos», de 8 de agosto de 2024; Fundamentos y principios para la regulación de neurotecnologías y el tratamiento de neurodatos desde el derecho a la privacidad (16 de enero de 2025); más recientemente, y complementario al anterior, de 31 de julio de 2025, «Elementos para crear una ley modelo sobre neurotecnologías y el tratamiento de neurodatos desde el derecho a la privacidad».

De manera resumida, el enfoque de la UNESCO es un enfoque humanista que considera imprescindible estimular el desarrollo de la inteligencia artificial (IA) compatibilizándola con una utilización que proteja los derechos humanos y proporcione a todas las personas las competencias necesarias para una colaboración eficaz entre el ser humano y la máquina en la vida, el aprendizaje y el trabajo, y para el desarrollo sostenible, garantizando además que el desarrollo de la inteligencia artificial “debe estar controlado por el ser humano y centrado en las personas; que la implantación de la inteligencia artificial debe estar al servicio de las personas para mejorar las capacidades humanas; que la inteligencia artificial debe concebirse de manera ética, no discriminatoria, equitativa, transparente y verificable; y que el impacto de la inteligencia artificial en las personas y la sociedad debe ser objeto de seguimiento y evaluación a lo largo de las cadenas de valor”²⁵.

En el marco de las instituciones de la Unión Europea se ha abierto un interesante debate que está dando como fruto documentos y declaraciones conjuntas, como la Declaración de León sobre la Neurotecnología Europea: un enfoque centrado en lo humano y orientado a los derechos.

El *leitmotiv* de la reflexión impulsada se situaría en la intersección entre neurotecnologías y derechos humanos y sería garantizar el desarrollo económico y científico de las neurotecnologías, reforzando la competitividad de la UE en este campo, con un enfoque de derechos humanos.

Por ello, los Estados miembros firmantes de esta declaración reclaman políticas que incluyen reivindicaciones de corte económico, pero también otras, como el fomento de la cooperación entre los sectores público y privado para el desarrollo de neurotecnologías orientadas a los derechos; o que la Comisión Europea, en estrecha colaboración con el Centro Europeo para la Transparencia Algorítmica, facilite debates especializados de expertos de alto nivel para evaluar el grado en que los marcos normativos y políticos existentes, incluidas las propuestas legislativas que se adoptarán próximamente, salvaguardan los derechos

25 Art. 17.3, destinado a establecer las competencias de la figura prevista de implementación por los países que adopten el modelo recogido en la Ley Modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe.

individuales y colectivos en el contexto de las neurotecnologías; que se cree un ecosistema fiable, transparente y responsable para que los ciudadanos de la UE utilicen la neurotecnología; o que se estudie la necesidad de crear normas para las neurotecnologías, incluidas normas de ciberseguridad centradas en la defensa de los derechos humanos.

Más allá del Derecho primario de la Unión, es importante señalar que, con independencia del reconocimiento normativo explícito o no del considerado nuevo haz de derechos, «los neuroderechos», existe una arquitectura jurídica no diseñada expresamente para dar cobertura a las personas frente a los riesgos derivados de las neurotecnologías, pero que tendría la virtualidad de proporcionar una primera tutela a la esfera de los derechos amenazados. La cuestión sería determinar si dicha tutela resulta suficiente o sería precisa una implementación adicional.

El Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD) o el Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, el conocido comúnmente como Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA) se sitúan en este rango de normas, normas que sin referirse o refiriéndose periféricamente a los neuroderechos, aportan un potente sistema de garantías. Se trata de dos importantes normas entre las que se producen interacciones, cuando resulte necesario, de manera que no serán extrañas en la norma más próxima en el tiempo, el RIA, las referencias y remisiones a la anterior, el RGPD, demostrando la sintonía y coherencia entre ambas normas.

La utilización de neurotecnologías recae en el ámbito de aplicación del RGPD, puesto que la materia prima de estas tecnologías son los neurodatos, entendidos como la información obtenida de la actividad de las neuronas que contienen una representación de la actividad cerebral. Se refiere a aquella información obtenida, directa o indirectamente, a través de los patrones de actividades de las neuronas, cuyo acceso está dado por neurotecnología avanzada, incluyendo sistemas de registro cerebrales tanto invasivos como no invasivos. Estos datos contienen una representación de la actividad psíquica, tanto cons-

ciente como subconsciente, y que corresponden al más íntimo aspecto de la privacidad humana²⁶.

Deberán, por tanto, respetarse los principios establecidos en él, en cuanto al tratamiento de datos personales, es decir, el principio de licitud, lealtad y transparencia; el principio de limitación de la finalidad; el principio de minimización de datos; el principio de exactitud; el principio de limitación del plazo de conservación; y el principio de integridad y confidencialidad (artículo 5 RGPD). También serían de aplicación los derechos de acceso, rectificación, supresión u oposición al tratamiento de datos.

La protección central que proporciona el RGPD gravita sobre la prescripción de la prohibición general sobre las decisiones basadas, únicamente, en un tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en la persona o le afecte significativamente de modo similar (art. 22 RGPD) y sobre el derecho a impugnar la decisión (art. 22.3 RGPD), permitiéndole así contrarrestar los efectos perniciosos que sobre su persona o vida profesional pueda tener una decisión fundada, exclusivamente, en una valoración de su persona, producto de una formulación informática.

Con estas previsiones se establece a favor de los interesados el derecho de no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que esté basada únicamente en un tratamiento automatizado de datos, destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, tales como su rendimiento laboral, fiabilidad, conducta u otros.

La contundencia de dicha prohibición, sin embargo, se diluye en el ámbito de las relaciones laborales, puesto que el propio art. 22.2.a) RGPD admite las decisiones automatizadas, que pueden ser transcendentales en la fase de selección y contratación, pero también durante toda la vigencia del contrato, al excluir expresamente de aquella la decisión automatizada necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato. No obstante, y en todo caso, el procedimiento

26 Definición obtenida del Glosario incluido en la Ley Modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe.

de gestión empresarial que prevea la adopción de decisiones algorítmicas debe articular mecanismos para garantizar la intervención humana, si la persona afectada lo solicita.

Verdaderos pilares del sistema de la protección construido por el legislador europeo son la transparencia y el derecho de información de los trabajadores afectados sobre los sistemas de gestión algorítmica, que se utilicen para el control y seguimiento de la prestación laboral, así como para la adopción de decisiones que afecten a sus condiciones de trabajo. El RGPD en el despliegue de la obligación de informar al trabajador, establece que la información debe ser suficiente, entendible y transparente (arts. 12-14 RGPDD).

Es de suma importancia la determinación de qué datos deben quedar al margen de la gestión algorítmica. Los datos que puedan revelar emociones o estados de ánimo o los que se refieren a conversaciones privadas de las personas trabajadoras nunca deberían ser usados por las empresas, además de las categorías especiales de datos incluidos en el art. 9 RGPD. Los neurodatos proporcionan información altamente sensible y permiten revelar aspectos de la identidad y la personalidad de los individuos, como la orientación sexual, los rasgos de personalidad y el desempeño cognitivo, así como estados mentales como intenciones, creencias y emociones. Debido a su carácter biométrico, el interés comercial en los datos obtenidos mediante dispositivos de neurotecnología médicos y no médicos crecerá exponencialmente. Con el amplio despliegue de sistemas de interfaz entre el cerebro y la computadora, que requieren reunir, procesar y almacenar cantidades masivas de información personal, el riesgo de un uso indebido de los datos, su reorientación, prácticas predatorias y piratería será considerable.

El RIA, por su parte, introduce una definición de datos biométricos, en la que tendría cabida los neurodatos, para ella merecerían aquella consideración «los datos personales resultantes de un tratamiento técnico específico relativo a las características físicas, fisiológicas o de comportamiento de una persona física».

Con carácter previo, es exigible al responsable del tratamiento que: —utilice procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles—; aplique medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar que

se corrijan los factores que introduzcan inexactitudes en los datos personales y se reduzca al máximo el riesgo de error; —que se aseguren los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado—; y que se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión, creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud, orientación sexual (art. 9 RGPD). Se requiere, además, armar un régimen adecuado de rendición de cuentas en el que las personas que representen a la empresa revisen y expliquen dichas medidas. Por tanto, deben existir procedimientos adecuados para que sea factible discutirlos e impugnarlos. Por lo tanto, es importante que con carácter previo se establezcan mecanismos precisos y claros para la revisión de esas decisiones, exigiéndose a tal fin la existencia de recursos personales suficientes.

Por su parte la RIA, es otra norma de gran relevancia en la utilización de las neurotecnologías. El marco reglamentario que propone el RIA tiene como objetivo garantizar que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión. Prohíbe determinadas prácticas particularmente perjudiciales de IA por ir en contra de los valores de la Unión y propone restricciones y salvaguardas específicas en relación con determinados usos de los sistemas de identificación biométrica remota con fines de aplicación de la ley. Se establece una metodología de gestión de riesgos para definir aquellos sistemas de IA que plantean un «alto riesgo» para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales de las personas. Dichos sistemas de IA tendrán que cumplir una serie de requisitos horizontales obligatorios, que garanticen su fiabilidad y ser sometidos a procedimientos de evaluación de la conformidad, antes de poder introducirse en el mercado europeo.

En cuanto a las relaciones laborales, el RIA representa un avance significativo hacia la regulación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral. Siendo una norma de aplicación general, para todos los sectores, incluye, expresamente, en su ámbito de aplicación, al laboral.

Con la prioridad declarada de priorizar la protección de los derechos fundamentales, el reglamento clasifica las aplicaciones de IA en función de su nivel de

riesgo: prohibido, alto, limitado y mínimo. Esta clasificación establece diferentes requisitos y obligaciones para los desarrolladores y usuarios de IA, incluyendo la transparencia, la rendición de cuentas y la no discriminación.

Las aplicaciones de IA prohibidas con trascendencia para el ámbito laboral son las utilizadas para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y los sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir, entre otros datos, su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida u orientación sexuales²⁷. La prohibición implica la inaceptabilidad de estas prácticas de IA en cuanto a su introducción en el mercado, a la puesta en servicio para este fin específico y al uso de los propios sistemas de IA.

Para cerrar esta revisión de la arquitectura jurídica de la UE inespecífica pero con capacidad de acoger la nueva realidad de la neurotecnología en el ámbito laboral, cabría realizar una somera mención a la Directiva 2024/2831, de 23 de octubre, relativa a la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales, norma cuyas previsiones a pesar de estar destinadas a los trabajadores de plataformas, su exportación a otras realidades sería interesante en términos de protección de los derechos de las personas trabajadoras. Y ello por que introduce un sistema para tutelar los derechos de las personas trabajadoras de plataformas, que se articula alrededor de un eje de garantías destinadas a: garantizar la transparencia en sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones (art. 6); garantizar la supervisión humana de los sistemas automatizados (art. 7); garantizar la revisión humana de las decisiones importantes (art. 8); garantizar la seguridad y salud (art. 8) y por último, garantizar los derechos de información y consulta por parte de las plataformas digitales de trabajo de la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, de las propias personas trabajadoras (art. 9).

Quien sabe si se llega a aprobar la Directiva sobre gestión algorítmica en el trabajo en su texto se incluirán referencias a los neuroderechos laborales,

27 Art. 5.1, apartados f) y g).

de momento el texto del Proyecto de Informe del Parlamento Europeo, de 6 de junio de 2025, con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre digitalización, IA y gestión algorítmica en el trabajo: configuración del futuro del trabajo, recoge en su artículo 5, entre las prácticas prohibidas a los empresarios y a los compradores de servicios tratar datos personales relativos a los siguientes aspectos, entre otros, el estado emocional o psicológico de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia sin asalariados y la neurovigilancia²⁸. Con posterioridad en la Recomendación 5 se indica que la propuesta de Directiva deberá incluir entre el elenco de prácticas prohibidas, “la recogida, el almacenamiento, el seguimiento, la venta o cualquier otro tratamiento de: a) los datos relativos a los estados emocionales, psicológicos o neurológicos de los trabajadores, a su actividad cognitiva o a sus parámetros biométricos”²⁹.

V. ¿PODEMOS HABLAR DE NEURODERECHOS LABORALES?

Como suele ser habitual, el ámbito del trabajo no escapa de esta tendencia, sino que, por el contrario, participa activamente de las reflexiones que estamos realizando, de manera que las relaciones industriales proporcionan un escenario privilegiado para la anticipación de los retos a los que habrá que hacer frente en otros ámbitos de la vida social. No sería la primera ocasión en la que el ámbito laboral se muestra como el escenario perfecto para la observación y evaluación del impacto de la implantación de tecnologías disruptivas e, incluso, que ha favorecido debates que han proporcionado soluciones imaginativas a las cuestiones planteadas. Baste recordar como en el período de la pandemia Covid las relaciones laborales se convirtieron en un verdadero y gigantesco laboratorio social para la experimentación de la introducción del teletrabajo, sirviendo en segundo plano para evidenciar las zonas de sombras e insuficiencias de los ordenamientos jurídicos frente a aquella.

28 Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, Parlamento Europeo, PROYECTO DE INFORME con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre digitalización, inteligencia artificial y gestión algorítmica en el lugar de trabajo: configuración del futuro del trabajo (2025/2080(INL)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/EMPL-PR-774283_ES.pdf

29 Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2025 (P10_TA(2025)0337), con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre digitalización, inteligencia artificial y gestión algorítmica en el lugar de trabajo: configuración del futuro del trabajo (2025/2080(INL)) https://irshare.eu/wp-content/uploads/2025/12/TA-10-2025-0337_ES.pdf

Se enfrenta el mundo del trabajo al uso combinado de la neurotecnología e IA, tecnologías que analizan la actividad cerebral puede dar lugar a manipulaciones de los trabajadores y discriminaciones, si la información extraída se utiliza para tomar decisiones sobre contratación, promoción o despido. Estaríamos topando, de lleno, con una de las caras más oscuras de la inteligencia artificial que puede contribuir a generar una onda expansiva de las causas de discriminación prohibidas, incrementando adicionalmente la vulnerabilidad de las personas por sus características personales, físicas, psíquicas, de edad, raza, origen nacional, orientación o condición sexual pero también características físicas, psíquicas y, ahora, como una subcategoría de esta última podríamos hablar de una discriminación neurológica.

Existen en el mercado dispositivos de neurotecnología ponibles capaces de supervisar los niveles de motivación, concentración y productividad de los trabajadores. Se promueven como herramientas para supervisar el rendimiento o el nivel de estrés o para ayudar a que quienes trabajan en condiciones extremas o peligrosas permanezcan vigilantes y atentos a los riesgos laborales para su salud e integridad, es decir, se justificaría su utilización por motivos de seguridad y salud laboral. Estaríamos en el ámbito de la neurovigilancia que podría abrir la puerta a usos indebidos y abusivos y llevar a la discriminación o a sancionar a los trabajadores por ideas inferidas. El trabajador quedaría sometido a los efectos y riesgos sobre su esfera de derechos fundamentales de la vigilancia digital que se sumaría a los peligros de las decisiones algorítmicas arbitrarias.

Estaríamos ante técnicas y/o dispositivos de neurovigilancia que permiten la obtención masiva de datos de las personas trabajadoras a partir de la observación de su actividad cerebral, los neurodatos. Los datos neuronales combinados con otros podrían utilizarse para extraer conclusiones muy precisas sobre las personas trabajadoras que afectarían sus vidas profesionales. Se trata de informaciones extremadamente sensibles que, en definitiva, revelan el estado de salud mental y emocional y cuya utilización, con finalidades organizacionales, puede tener consecuencias imprevisibles, a efectos de la situación laboral de las personas afectadas y difícilmente compatibles con la dignidad, integridad, la intimidad, el derecho de protección de datos y los otros derechos fundamentales, protegidos en los textos constitucionales.

Conviene recordar que la materia prima de la que se nutre la IA son los datos, que a partir de ella se transforman en predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Hablar de IA en el ámbito laboral, supone *per se* hablar del procesamiento de grandes cantidades de datos relativos a las personas y sus conductas, que permite la construcción de perfiles susceptibles de ser tratados con las finalidades más diversas. Información de gran precisión y calidad y que con la incorporación de la técnica de los algoritmos proporciona el conocimiento ordenado de datos personales, que facilita el trazado de perfiles determinados de la persona.

Su utilización puede emboscar injustificadas actitudes que vayan más allá de la verificación de la correcta ejecución de la prestación laboral, ofreciendo conclusiones sobre la personalidad del trabajador que *a priori* no deberían ser objeto de evaluación a efectos estrictamente laborales. Se conseguirían, así, perfiles completos de las personas trabajadoras susceptibles, por tanto, de ser valorados, favorable o desfavorablemente, a efectos laborales y sobre los que planean los fantasmas de la falta de transparencia y de la discriminación algorítmica. Se alcanzaría, incluso, la previsión de comportamientos futuros y la adopción de decisiones por sistemas expertos, basadas en dichas informaciones. Se podrían avanzar neuroperfiles predictivos, es decir, la elaboración y uso de modelos destinados a anticipar rasgos, conductas o predisposiciones de las personas a partir de neurodatos. Este tipo de prácticas, de permitirse, podrían consolidar una nueva forma de determinismo biológico aplicado a la mente, con altísimo potencial discriminatorio.

La IA permite la adopción de decisiones automatizadas que en el ámbito de la empresa impactan de lleno en el ejercicio de los poderes empresariales, que se abren a la adopción de decisiones algorítmicas basadas en el manejo de *big data*. Adopción de decisiones empresariales que inciden sobre la selección, permanencia, promoción, evaluación del desempeño y extinción contractual de las personas trabajadoras.

La adopción de estas decisiones puede tener su causa en una fase anterior, en el momento del entrenamiento de los algoritmos con datos que reflejen sesgos, desigualdades, que carezcan de diversidad, pudiendo favorecer a unos grupos

de la población sobre otros y generando decisiones injustas que les afectan, produciendo resultados inherentemente sesgados que confinen a determinadas categorías de trabajadores al ostracismo laboral y al descarte para determinados puestos o desempeños. Se generarían así una especie de guetos laborales en los que las personas descartadas deberían enfrentar barreras adicionales para acceder a las oportunidades que el mercado laboral ofrece.

Estos procesos de adopción de decisiones algorítmicas pueden ser profundamente opacos e impedir que las personas trabajadoras puedan alcanzar a entender las razones de las decisiones que les afectan. Esta falta de transparencia puede dificultar la identificación de sesgos y la rendición de cuentas en el uso de estas tecnologías.

Las empresas pueden y deben adoptar estrategias y actuaciones destinadas a evitar la discriminación algorítmica³⁰. Es, por ello, esencial que las empresas implementen prácticas justas y equitativas, evitando sesgos basados en datos neurocognitivos. Es en este contexto en el que hay que situar la conveniencia de conducir una discusión fructífera sobre el reconocimiento de los neuroderechos laborales, entre los que se encuentran, entre otros, el derecho a la privacidad mental, que garantiza que los trabajadores tengan control sobre sus pensamientos y procesos mentales, evitando la lectura o manipulación no autorizada de datos cerebrales; el derecho a la integridad cognitiva, que les protege frente a intervenciones que puedan alterar su capacidad de pensamiento, decisión y comportamiento sin su consentimiento; o el derecho a la desconexión cognitiva que permite a los trabajadores desconectarse de las tecnologías que pueden influir en su actividad cerebral fuera del horario laboral.

Cobraría todo su valor un debate que verse sobre los neuroderechos laborales, entendidos como derechos específicos que protegen la integridad, la privacidad y la autonomía de las personas trabajadoras, en el contexto laboral, en relación con el uso de tecnologías que permiten la interferencia, lectura, recopilación y manipulación de su actividad cerebral.

30 CARDONA RUBERT, M.B., *La Inteligencia Artificial y su impacto...*, op.cit, p. 5.

En definitiva, parece evidente que queda mucho por explorar y, sobre todo, por desarrollar en términos del establecimiento de un marco ético y legal para los neuroderechos laborales, que venga impulsado por políticas que no solo sean fruto del esfuerzo gubernamental, sino que sean fruto de la colaboración de los agentes sociales y los neurocientíficos y neurotecnólogos. Se trataría de procurar evitar la tentación de caer en debates huecos, repletos de palabrería con escasa utilidad para potenciar debates rigurosos que contribuyan a garantizar unas reglas del juego justas y respetuosas con los derechos fundamentales, también en un ámbito como el de las relaciones laborales.

El gran reto es proteger y garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores frente a los controles y manipulación cognitivas, en un contexto público-privado de aceleración de la innovación, transformación digital, de fomento de la economía de datos y de generalización de aplicación de la inteligencia artificial. Y todo ellos desde una visión holística de la sociedad y la economía y con una perspectiva inclusiva, ética y garante de los derechos humanos.

VI. CONCLUSIONES

- La expansión de la utilización de la neurotecnología omnipresente conlleva riesgos para la privacidad mental al permitir el acceso a emociones y pensamientos lo que puede implicar la vulneración de la privacidad y facilitar la manipulación o discriminación neurológicas.
- Se trata de tecnologías que facilitan el acceso a la identidad más profunda del individuo, proporcionando información sobre la conciencia y el pensamiento individual de cada persona. Posibilidad de registrar, analizar y manipular la actividad cerebral y los datos derivados sin, *a priori*, disponer de un marco jurídico que proscriba que el mismo pueda realizarse por personas sin la formación requerida o bajo la supervisión adecuada.
- Las implicaciones de tipo ético, moral, neuropsicológicas y sociales que pueden derivarse del acceso por agentes externos a los datos cerebrales individuales son de tal dimensión que obligan a la reivindicación de un marco que proteja la seguridad y privacidad de los datos neuropsicológicos y que proporcione, en definitiva, una tutela eficaz

a la integridad y la autonomía de las personas frente a las nuevas amenazas.

- Se introducen nuevos desafíos éticos y regulatorios, que requieren la configuración de marcos para proteger la privacidad y la dignidad humanas. Es necesario establecer marcos regulatorios que limiten el uso intrusivo de estas tecnologías y garanticen la protección de la esfera cognitiva.
- El reconocimiento de los neuroderechos serviría para proteger la privacidad mental y la autonomía individual frente a abusos tecnológicos que permitan el control cognitivo.
- Para abordar los desafíos planteados, es esencial que el derecho del trabajo evolucione en paralelo con estos cambios tecnológicos. Serán necesarias políticas proactivas que fomenten la adaptación de los trabajadores, la transparencia en la toma de decisiones algorítmicas y la protección de los derechos de los trabajadores. Para tamaño esfuerzo se requiere una participación multisectorial de comunidad internacional gobiernos, agentes sociales pero también de la comunidad científica, a través del asesoramiento de los neurocientíficos y neurotecnólogos que deben colaborar para crear políticas equilibradas y justas.

Principio de Igualdad y calificación de las relaciones laborales*

Principle of Equality and classification of employment relationships

LUCA NOGLER

Profesor Ordinario de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia
Correo electrónico: luca.nogler@unitn.it
Código ORCID: 0000-0002-1639-2614

RESUMEN: El autor fundamenta su teoría sobre el método tipológico funcional, que establece la calificación de las relaciones laborales a través de juicios de equivalencia y no de simple identidad. Esto permite reconocer la existencia de la subordinación a pesar del cambio de los instrumentos tecnológicos a través de los cuales la empresa organiza su actividad. En el ensayo, el autor afirma, además, que la adopción del método tipológico funcional se ajusta más al principio de igualdad que otros métodos de calificación que se basan en juicios de identidad.

ABSTRACT: The author returns to a theory of his that is the subject of increasing attention, also internationally. The theory is that of the functional typological method that sets the judgement of the qualification of employment relations through judgements of equivalence and not mere identity. This makes it possible to recognise the subsistence of “subordination” despite the changing technological instruments through which the enterprise organises its activities. In the essay, the author also argues that the adoption of the functional typological method is more in line with the principle of equality than other methods of qualification that hinge on identity judgments.

PALABRAS CLAVE: Calificación de las relaciones laborales, método de calificación, subordinación, juicio de equivalencia, igualdad.

KEYWORDS: Classification of employment relationships, method of classification, subordination, judgement of equivalence, principle of equality.

SUMARIO: I. Premisas metodológicas. II. Sobre la necesidad (constitucional) de plantear la calificación de las relaciones laborales en virtud del método tipológico funcional. III. «No se puede nadar desde la orilla».

* Publicado en italiano en la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: IUSTEL, 2024, No. 68.

I. PREMISAS METODOLÓGICAS

Tras haber sido perfeccionado en relación con el contexto italiano, el método tipológico funcional se ha considerado conforme también con el ordenamiento español¹, el alemán², el portugués³ y el inglés⁴. En el futuro se producirán otros reconocimientos de su versatilidad.

Me gustaría repasar brevemente algunas premisas teóricas que me llevaron a teorizar el método tipológico funcional y a plantear su aptitud para concretar el principio supremo de los ordenamientos jurídicos occidentales: el principio de igualdad.

Para ello, comienzo por constatar que también a la ciencia jurídica le viene bien la observación de Umberto Eco según la cual «si bien es difícil decidir si una determinada interpretación es buena, y cuál de las dos interpretaciones diferentes del texto es mejor, siempre es posible reconocer cuándo una determinada interpretación es manifiestamente errónea, absurda o inverosímil»⁵. Esta constatación está relacionada con la desaparición de la creencia de que la actividad interpretativa del jurista, al ser de tipo meramente cognoscitivo, tiene como finalidad descubrir el verdadero significado del acto objeto de interpretación. Ocurre lo contrario. Hoy en día, la ciencia jurídica parte de la premisa diferente de que «la plurivocidad es una propiedad general de las unidades léxicas, por lo que un texto es, por regla general, susceptible de variantes interpretativas, todas ellas compatibles con su tenor literal»⁶. A esto se añade que el problema

- 1 Cfr. Sanguineti Raymond Wilfredo (2023). “El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía”. En: *Laborem*, No. 27, p. 17 y ss. Para el contexto sudamericano, Cfr. Rivas D. (1996). *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, p. 177.
- 2 Cfr. E. Kocher (2022). *Digital work platforms at the interface of labour law. Regulating Market Organisers*. Oxford, p. 40 y ss. Cf. A. Bucker (2016). “Arbeitsrecht in der vernetzten Arbeitswelt”. En: *Industrielle Beziehungen / The German Journal of Industrial Relations*, p. 187 y ss. Cfr. Gärtner J. A., (2020). “Koalitionsfreiheit und Crowdwork”. En: *Zur Kollektivierung der Beschäftigteninteressen soloselbstständiger Crowdworker*, Berlin, p. 78.
- 3 Cfr. A. Monteiro Fernandez (2022). *Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 21ª. Ed., p. 161.
- 4 Cfr. Prassl Jeremias (2015). *The Concept of the Employer*, Oxford: University Press.
- 5 Umberto Eco (2021). “Autobiografía intellettuale”. En: *La filosofia di Umberto Eco*, La nave del Teseo, p. 22.
- 6 L. Mengoni (2000). “Interpretazione della legge e interpretazione del contratto collettivo”. En:

(relacional) que es objeto del juicio de elaboración de la norma jurídica puede exigir interpretaciones evolutivas, es decir, lo que el pensamiento jurídico alemán ha denominado siempre *richterliche Rechtsfortbildung*.

De manera coherente, en Italia se está produciendo una reevaluación comprensible del papel del artículo 12 de las leyes previas al Código Civil italiano, según el cual «al aplicar la ley no se le puede atribuir otro sentido que el que se desprende claramente del significado propio de las palabras según su conexión, y de la intención del legislador. Si una controversia no puede resolverse con una disposición precisa, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso sigue siendo dudoso, se decidirá de acuerdo con los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado». Cada vez más autores se adhieren a la posición expresada por Gino Gorla, según la cual dicho artículo 12 se refiere, más que a la interpretación exacta de la ley, a la delimitación del margen de acción del juez⁷. En otras palabras, los criterios de interpretación de la ley contribuyen a delimitar las posibles interpretaciones de una disposición, pero no determinan el significado normativo que adoptará el juez o el intérprete. Esto es coherente con el carácter meramente delimitador (y no exhaustivo) de los criterios a los que se refiere el propio artículo 12. Criterios que cumplen la función de «simple» barrera frente a la arbitrariedad manifiesta: solo cuando el juez traspasa estas barreras «invade de manera ilegítima el ámbito de competencias del legislador democráticamente legitimado»⁸.

Por otra parte, los títulos preliminares de los códigos civiles son fruto del positivismo jurídico⁹, que entró en crisis cuando la ciencia jurídica, también la

Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro de in AA.VV, Bancaria editrice, p. 38-39.

7 Cfr. G. Gorla (1969). *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, FI, V, p. 112 y ss. Ragionano, invece, all'interno delle vecchie e rassicuranti certezze cognitive: M. Persiani (2020). *Ancora sul concetto di coordinamento*, in ADL, I, p. 346; R. Del Punta (2012). *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in RIDL, I, p. 464.

8 Así lo ha dictaminado el Tribunal Constitucional alemán, en esta ocasión, en sus sentencias de 28 de junio de 2014 (1BvR 1157/72) y de 17 de septiembre de 2013 (1 BvR 1928/12).

9 Hijo del período considerado en el texto es el estudio para leer y releer de A. Giuliani (1999). "Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15". En: *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, seconda edizione, Torino, Utet, p. 377 y ss

italiana, reconoció que los «derechos» fundamentales —salvo las pocas disposiciones de la Constitución italiana que pueden interpretarse como reguladoras, es decir (hablando como jurista laboralista) los artículos 36, apartado 1, 37, apartados 1 y 3, apartado c), 39, 40, 51, apartado 3, y 52, apartado 2— no pueden, en cuanto «meros» principios, «incidir en las relaciones negociales privadas si no es como criterios o directrices de interpretación de las leyes que las regulan»¹⁰. Los principios expresan decisiones objetivas de valor que no solo se dirigen al legislador, sino que también condicionan la interpretación adaptadora¹¹ u orientada constitucionalmente del derecho positivo, ya que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de proteger los derechos fundamentales.

Ahora bien, hijo del período histórico del positivismo jurídico típico de los Estados nacionales, que no podían limitarse a prohibir la justicia por mano propia, sino que debían dar a los ciudadanos garantías de su capacidad para dar respuesta a las controversias que surgían entre ellos¹², es también la configuración de la decisión judicial como silogismo. Todos coinciden ahora en que el silogismo representa «solo» la forma en que debe adoptarse la sentencia. Incluso a nivel teórico, no podemos escondernos, secándonos, detrás de la simple «instrumentalización» de la actividad jurídica¹³. En el mismo contexto de las restricciones (publicitarias) del derecho procesal del Estado contemporáneo, el jurista, si es post positivista, debe ir en el sentido tanto de la descomposición como de la recomposición y, sobre todo, su principal problema práctico sigue siendo la «construcción» argumentativa de una regla de juicio que sea, como tal, respetuosa con el principio de igualdad.

- 10 Cfr., L. Mengoni (1997). “Autonomia privata e costituzione, in Banca borsa tit. Crédito”. En: Banca borsa tit. crédito, p. 7 modificando su postura y adhiriéndose a C.W. Canaris (1984). “Grundrechte und Privatrecht”. En: *Arch. Civ. Praxis*, No. 184, p. 201 y ss., cuyo enfoque fue luego aceptado, como es sabido, por la propia jurisprudencia constitucional alemana.
- 11 G. Amoroso (1998). “L’interpretazione “adeguatrice” nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità”. En: *Foro it.*, IV, 89 y ss.
- 12 Así lo afirma J. Habermas (1993). *Facticidad y validez. Contribuciones a la teoría discursiva del derecho y del Estado de derecho democrático*. Madrid: Editorial Trotta. Véase también R. Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung*, F. a. M., así como, en términos más generales, G. Preti (1957). *Praxis y empirismo*, Turín.
- 13 Son muy interesantes los estudios de D. von Pfordten (2012). “Über Begriffe im Recht”. En: *ARSP*, p. 441.

Los mismos filósofos analíticos (pienso en una conocida afirmación de Ulfried Neumann) caracterizan la forma silogística como (solo) «el mínimo en sentido idealista» de lo justo. El juez no puede limitarse a apelar a la «simple» fuerza demostrativa inherente a la forma silogística (el «envoltorio externo»)¹⁴ que debe asumir la decisión jurisdiccional, la cual, como es sabido, solo puede considerarse como tal si reproduce la forma de la aplicación de una disposición (válida) preexistente al juicio. Debe esforzarse por aportar buenos argumentos, es decir, premisas que midan y pongan de relieve de manera congruente, entre ellas y las premisas, la sostenibilidad social de la decisión. Esta congruencia exige que el jurista se sumerja en la estructura y en los «fondos» de lo que la doctrina alemana denomina el *Sachverhalt* de la controversia sometida a su juicio. A diferencia del filósofo, para quien los problemas «no tienen solución, sino historia»¹⁵ y que, por lo tanto, puede asumir el espacio de la eterna interrogación, el jurista, por así decirlo, debe permanecer en la historia.

La justificación de una decisión judicial debe extenderse, en su caso, al perfil valorativo de la propia decisión, es decir, abrirse a la evaluación de las consecuencias prácticas de las decisiones jurídicas, siendo conscientes de que «las cuestiones sobre los valores (...) pueden reducirse a cuestiones sobre las consecuencias de las elecciones correspondientes, trasladando el debate a un orden de valoraciones cuya racionalidad es más fácil de controlar»¹⁶. En este nuevo contexto, las disposiciones legislativas están sujetas a una interpretación directa de conformidad con el conjunto equilibrado de principios constitucionales¹⁷ que irradian la «totalidad» del sistema positivo¹⁸, permitiendo así que el

14 Ibidem.

15 F. Volpi (2004). *Il nichilismo*, Bari.

16 L. Mengoni (1976). “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”. En: *Jus*, p. 3 y ss. Luego en: *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 46 nt. 100.

17 Sobre la necesidad de adoptar la lógica del equilibrio insiste, por último, A. Gambaro (2016). “Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali”. En: *Riv. dir. civ.*, p. 1225 y ss. Es interesante el estudio de J. Bomhoff (2013). *Balancing Constitutional Rights: the Origins and Meaning of Postwar Legal Discourse*, Cambridge: University Press., que analiza la forma local en que diferentes tradiciones jurídicas representan dicho equilibrio.

18 Cfr. R. Wank (1999). “Arbeitsrecht und Methode”. En: *Recht der Arbeit*, p. 134; véase nuestro breve pero incisivo escrito de R. Guastini (1998). “La «costituzionalizzazione» dell’ordinamento italiano”. En: *Ragion Pratica*, p. 185.

derecho rinda «homenaje a la vida»¹⁹. En la gramática jurídica contemporánea, precisamente porque debe incluir los principios constitucionales formulados de manera unilateral (derechos fundamentales), cualquier situación interpersonal de derecho privado requiere que se lleve a cabo la conciliación reguladora entre una pluralidad de derechos fundamentales y, por lo tanto, la evaluación de las posibles consecuencias sociales mediante el recurso a casos ejemplares, ya que estos últimos representan las únicas manifestaciones explícitas y perceptibles de lo que, de otro modo, habitaría de manera inconsciente y, por lo tanto, inaccesible en nuestro pensamiento. Y es en virtud de estos ejemplos que podemos, por así decirlo, «sacar fuera», es decir, racionalizar lingüísticamente y, por lo tanto, comunicar a los demás nuestras elecciones de valores.

Si el naturalismo jurídico consideraba el derecho privado desde el punto de vista del individuo (y, por lo tanto, de su autonomía y voluntad), y el positivismo partía del Estado (y, como mucho, de la fuerza normativa delegada a los propios individuos), en la perspectiva contemporánea del juicio, el derecho es «en cuanto que está en relación con otra cosa». Esto sitúa en el centro del discurso jurídico la relación que existe concretamente entre las partes²⁰, evitando así una desconexión con la vida. Este cambio de perspectiva ha permitido, por otra parte, superar los límites inherentes al positivismo pandectista, que encasillaba el derecho privado en un marco conceptual apriorístico²¹ construido en torno al derecho de propiedad. El método conceptual-analítico consideraba que «la vida» y, por lo tanto, los problemas concretos que la componen, representaban «el ámbito al que se aplican los conceptos jurídicos, pero no su fuente»²². Desde la nueva perspectiva del juicio, la dinámica, en cambio, se invierte: la focalización del problema de referencia constituye el prius con respecto a las elecciones de orden regulativo²³, porque el problema mismo plantea las preguntas a las que el sistema normativo debe responder. La doctrina y la jurisprudencia pueden, siempre que

- 19 Como se esperaba, en los años dominados por el positivismo jurídico de G. Pera (1965). *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, p. 321, 313.
- 20 Se redescubre, por tanto, la noción aristotélica de justicia: Cfr. Aristotele (1993). *Etica Nicomachea*, que es citado en la edición Rusconi, p. 191.
- 21 Cfr. F. Schmidt (1967). «Il metodo astratto nell'esperienza giuridica tedesca. Commenti al sistema del Bürgerliches Gesetzbuch». En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 562 y ss.
- 22 Así críticamente P. Heck (1933). *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, p. 27-28.
- 23 Cfr. L. Mengoni (1976). *Óp. Cit.*, p. 11 y ss.

se escuchen mutuamente, desempeñar un papel decisivo y fundamental en la correcta, y por lo tanto eficaz, identificación de las normas jurídicas, no a pesar de, sino precisamente porque existe un nivel aún más alto de abstracción jurídica representado por las formulaciones unilaterales contenidas en los textos constitucionales (es decir, en términos dworkinianos, los principios fundamentales)²⁴. Para el jurista, estos principios, al igual que, en general, la referencia a los valores, «son en sí mismos guías peligrosas, que pueden conducir a la tiranía de una justicia politizada» si su uso «no está garantizado por una disciplina dogmática a la que el juez pueda recurrir para obtener criterios racionales de solución» de las antinomias que se crean por su falta de formulación en términos regulativos²⁵.

II. SOBRE LA NECESIDAD (CONSTITUCIONAL) DE ESTABLECER LA CALIFICACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN VIRTUD DEL MÉTODO TIPOLÓGICO FUNCIONAL

Si compartimos —como creo que se hace ampliamente en Italia— que, en la interpretación de la ley, además del citado artículo 12 de las leyes previa al Código Civil, el juez debe respetar las disposiciones constitucionales que expresan principios fundamentales, no podemos sino expresar nuestro asombro ante la forma en que parte de la doctrina laboralista actual aborda el tema fundamental de la calificación de las relaciones laborales.

La restricción de la ley que caracteriza el discurso jurídico obligaría a buscar lo que es típico, en el sentido de esencial para un determinado tipo de contrato más que para otro, mediante la comparación entre las disciplinas —legislativas y/o del derecho vigente— de los tipos considerados, en cada caso: comparación, no solo entre las disposiciones que definen los tipos mismos, sino entre toda su disciplina. Solo esta comparación recíproca permite, de hecho, aclarar cuáles

24 Cfr. R. Dworkin (1967). “The Model of Rules”. En: Chicago: *Law Review*, p. 14. Cabe precisar que la distinción entre principios y reglas no afecta en modo alguno a la cuestión diferente de si los principios son o no necesarios para el conocimiento moral, suposición que niega. Dancy (2004). *Ethics without Principles*- Oxford: University Press. defensor del llamado particularismo moral, y ello, al menos, porque los principios constitucionales tienen carácter positivo. Se trata más bien de comprender si existe y cuál es la diferencia entre las formulaciones unilaterales de los derechos fundamentales y las reglas de decisión.

25 L. Mengoni (1981). “Recensione a F. Wiacker, Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania (Milano, Giuffrè, 1980)”. En: *Quad. fiorentini*, p. 318.

son los perfiles esenciales de un tipo contractual en lugar de otro. A la luz de este criterio, las dos categorías gemelas, dentro de los contratos de intercambio, los contratos de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, se distinguen entre sí en el sistema italiano por el hecho de que, mientras que las «condiciones» para la ejecución de la obra o del servicio evocadas en el art. 2222 del Código Civil están «establecidas por el contrato» (art. 2224 del Código Civil), la colaboración debida por el trabajador por cuenta ajena debe llevarse a cabo respetando las disposiciones unilaterales del acreedor laboral. El art. 15 de la Ley n.º 81 de 2017 aclara, por último, que la coordinación que caracteriza al subtipo de trabajo autónomo que más se aproxima al contrato de trabajo por cuenta ajena, no se manifiesta en la «sumisión al poder del contratante»²⁶. Ni el artículo 15 antes citado contradice literalmente el artículo 2, apartado 1, del Decreto Legislativo (D. Lgs.) n.º 81 de 2015²⁷, ya que la coordinación es un concepto menos amplio que la organización²⁸.

Ahora bien, una parte de la doctrina italiana considera que el artículo 2, apartado 1, del Decreto Legislativo n.º 81 de 2015 ha erosionado el ámbito tradicional del contrato de trabajo por cuenta ajena al introducir un nuevo tipo de contrato de trabajo en el que el acreedor puede ejercer un poder de heteroorganización de las modalidades de ejecución. Pero si trabajamos con los conceptos, a esta tesis hay que replicar que las diferencias terminológicas —es decir, el uso del término «organizadas» en lugar de «directas»— no implican por sí solas la multiplicación de las categorías jurídicas²⁹. Esto es aún más cierto si de otra disposición legislativa de referencia, y por lo tanto del sistema, se puede extraer, en realidad, la justificación conceptual de la duplicación terminológica

26 O. Razzolini (2017), *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale*. El ámbito de aplicación de la ley n.º 81/2017, en L. Fiorillo, A. Perulli (eds.), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Turín, p. 13 y ss. La tesis contraria ha sido defendida por M. Persiani (2020), *Ancora sul concetto di coordinamento*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 337 y ss.

27 M. Persiani (2020). *Óp. cit.*, p. 346.

28 Para la distinción entre los dos conceptos, véase también R. Romei (2020). “Riders en la Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria”. En: *RIDL*, II, p. 96.

29 Para el debate más reciente suscitado por el caso de los repartidores, remito, con el fin de no alargar la nota, al escrito de mi colega Marco C., Garilli A (2016). “L’enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza, in corso di stampa in *DML*. E’ interessante notare che l’art. 2, comma 1 del d. lgs. n. 81/2015, ha messo k.o. P. Tosi, L’art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015: una norma apparente?”. En: *ADL*, No. 6, p. 1130, donde renuncia a darle un significado operativo.

en sí misma. Esto ocurre cuando el artículo 2104 del Código Civil recurre al género «disposiciones». Este último término se acompaña, de hecho, y esto debe tener relevancia en la construcción de nuestros conceptos, tanto de la ejecución como de la disciplina; es decir, tanto de la diligencia proporcional a la naturaleza de la prestación debida como de la correspondiente al interés organizativo de la empresa. Al actuar así, en realidad, nuestro ordenamiento jurídico también atribuye al poder directivo tanto las órdenes impartidas al trabajador individual como las indicaciones organizativas dirigidas a toda la plantilla o a varios trabajadores³⁰.

Tampoco existe ninguna disposición en la legislación italiana que imponga que el poder unilateral sobre las modalidades de ejecución deba ejercerse siguiendo una forma determinada, por lo que no es correcto distinguir entre las instrucciones explícitas del acreedor del empleador y las modalidades de ejecución «inducidas por la organización establecida» por este último, que también podrían impartirse en el contexto del trabajo autónomo³¹. Por último, hay que tener en cuenta que, desde los fundamentales estudios de Spagnuolo Vigorita, hay que distinguir entre las indicaciones impartidas de forma heterónoma y la inserción organizativa, ya que esta última es una característica común a todas las obligaciones duraderas³².

Las consideraciones que acabamos de formular no son, desde luego, una novedad. Tampoco me interesa aquí ir más allá, sino plantear la cuestión de si la elección del método de calificación de las relaciones laborales está o no influenciada por los principios constitucionales.

30 Por esta razón, no se puede compartir la premisa de que «la heteroorganización (...) presenta notables márgenes de indeterminación, ya que el carácter de la inserción en la organización empresarial y, por lo tanto, de la coordinación, también se encuentra en las colaboraciones de carácter continuado a las que se refiere el artículo 409, n.º 3, del Código de Procedimiento Civil». (F. Carinci (2020). “L’art. 2 d.lgs. n.81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass.24 gennaio 2020, n. 1663 WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 414/2020, p. 7).

31 A. Maresca (2020). “Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate”. En: *RIDL*, I, p. 80.

32 L. Spagnuolo Vigorita (1969). “Impresa, rapporto di lavoro, continuità (Riflessioni sulla giurisprudenza)”. En: *RDC*, I, p. 562.

Desde las conocidas sentencias No. 121 de 1993 y No. 115 de 1994 del Tribunal Constitucional hasta la más vacilante No. 76 de 2015³³, el derecho constitucional vigente italiano se ha asentado en el sentido de que a nivel constitucional no se prescribe un «tipo social —jurídicamente indisponible— de trabajo objetivamente subordinado»³⁴. El derecho (constitucional) positivo prevé, en cambio, el parámetro supremo del art. 3 de la Constitución, que obliga al legislador a impedir que se protejan de manera diferente relaciones laborales que, en cambio, según los criterios elegidos por el propio legislador, son equivalentes entre sí.

Todos estamos de acuerdo, creo, en que un método jurídico que aspire a hacer controlable el juicio debe, ante todo, recurrir al uso de conceptos extraídos del sistema interrogado, como decía en el primer párrafo, de los casos que caracterizan la evolución de la vida. La justificación de la categorización de la realidad no puede ser fruto de un contexto construido de manera totalmente inductiva, porque eso eliminaría la positividad del derecho moderno e imprimiría una curvatura funcionalista inadecuada a nuestro razonamiento. Sobre esto hay un amplio consenso. Pero también hay que evitar —y aquí entra en juego el marco constitucional— que la palabra «igualdad» coincida con el significado formal de identidad. Por eso es necesario interpretar el marco positivo de la disciplina de los tipos contractuales de intercambio entre trabajo y contraprestación de tal manera que se obtenga la función de las respectivas causas típicas³⁵. En el derecho laboral, las partes individuales no tienen margen regulatorio para preestablecer causas en concreto, por lo que la calificación también incluye un control de no fraude. En aquellos sectores del ordenamiento jurídico —como el derecho laboral, el derecho de arrendamientos de uso residencial y el derecho de

33 Que, como observa F. Carinci (2020). *Óp. Cit.*, y probablemente sin que la propia Corte fuera muy consciente de ello, esta sentencia supuso una innovación con respecto al conocido precedente que se había pronunciado a favor de una concepción de la subordinación como «doble alienación» (en relación con el proceso y el resultado productivo: Corte Constitucional No. 30/1996).

34 Cómo considera, en cambio, M. De Luca (2014). “Rapporto di lavoro subordinato: tra “indisponibilità del tipo contrattuale”, problemi di qualificazione e nuove sfide della economia postindustriale”. En: *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 398; en definitiva, no se sustenta la interpretación paralizante de De Luca según la cual una relación laboral «objetivamente subordinada» que sirve de «parámetro para la definición legislativa del tipo contractual».

35 Partiendo de la premisa de que el tipo se refiere al problema de los posibles contenidos del contrato. Cfr. A. Di Majo (1967). *L'esecuzione del contratto*, Milano, p. 203.

sociedades — donde rige el principio de indisponibilidad (legislativa) del tipo o tipos contractuales prescritos por el ordenamiento y, por lo tanto, el problema del mérito de los intereses protegidos es abordado directamente por el legislador, el proceso circular de interpretación-calificación deberá centrarse en la causa típica impuesta por el ordenamiento positivo. Diría más: la fase de calificación debe, en estos casos en los que la normativa del tipo es, por regla general, inderogable, desempeñar, además de una función de verificación, también la más amplia de control del comportamiento de las partes.

Ahora bien, un enfoque funcional permite, en este contexto de normas imperativas, tratar de manera igualitaria todos los casos similares y no solo los idénticos, como acaba haciendo quien adopta un método calificativo analítico centrado en la identificación de un conjunto de elementos³⁶. Por lo tanto, se puede concluir que la opción más coherente con un marco constitucional en cuya cúspide³⁷ se sitúa el principio de igualdad (art. 3 de la Constitución), es la del método tipológico funcional³⁸. Este último, al identificar lo que se presenta como la llamada «premisa mayor» del silogismo judicial, permite destacar el caso para identificar las llamadas «variantes de sentido» de la función del tipo que son posibles gracias a la adopción de la lógica comparativa de la equivalencia³⁹. La calificación del caso, es decir, la identificación de la denominada «premisa menor», se teoriza precisamente como una fase evaluativa de «traducción» del caso en categorías jurídicas. Obviamente, al no tratarse aquí de registrar acontecimientos naturalistas, sino de enmarcar jurídicamente la realidad —y diría más: de garantizar un fundamento racional a su interpretación—, el juez (*rectius*: la

36 Permítase remitir a Luca Nogler (2002). “Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa”. En: *Argomenti di diritto del lavoro*; p. 109, por la crítica del giro analítico argumentado por una parte de la doctrina del derecho laboral a finales de los años ochenta del siglo pasado.

37 Como se afirmó desde la sentencia del Tribunal Constitucional No. 25 de 1966, se aclaró que el principio de igualdad «es un principio general que condiciona todo el ordenamiento en su estructura objetiva», así como, según la sentencia No. 204 de 1982, «canon de coherencia [...] en el ámbito de las normas jurídicas».

38 En L. Nogler (2017). “Nota di lettura”. En: C. Beduschi, *Scritti scelti* a cura di L. Nogler e G. Santucci, Napoli, p. 3 y ss.

39 La equivalencia es evocada por la jurisprudencia constitucional cuando afirma que «el art. 3 de la Constitución prohíbe la desigualdad de trato de situaciones similares y las discriminaciones irrazonables» (sentencia No. 96 de 1980). Sobre la relevancia para la actividad jurídica de la lógica de la equivalencia. Cfr. C. Beduschi (1992). *Tipicità e diritto*, Padova.

argumentación ideada por el juez) no «descubre» verdades, pero «hipotetiza» la solución más plausible, sin perjuicio de que en su foro interior siempre es libre de considerarla la más verdadera; por otra parte, en toda situación condicionada lingüísticamente, es decir, históricamente, son posibles... diferentes persuasiones, diferentes discursos; existe la posibilidad de elegir, y se elige lo que se considera el mejor discurso, el más válido, es decir, en este sentido relativo, no absoluto, pero no por ello inexistente, el más verdadero⁴⁰.

Como se ha visto, se trata de un método que entiende el «tipo» como la figura capaz de expresar de manera unitaria una realidad compleja, en virtud de las relaciones fundamentales (funciones) que existen entre los diversos elementos que la componen. El método tipológico funcional presenta la indudable ventaja de no excluir de la reflexión del método del jurista —delegándola a las ciencias cognitivas— el análisis de la forma en que este último debe pensar.

El juicio calificativo se plantea mediante el método en cuestión, no como una simple constatación de la presencia de los elementos individuales obtenidos a partir del desglose de la norma, sino como un razonamiento sobre el papel específico que desempeñan los diversos perfiles encontrados en el caso respecto al contexto general. Más concretamente, se plantea como un juicio sintético centrado en la lógica de la equivalencia que parte del doble supuesto de que incluso elementos diferentes pueden desempeñar la misma función o, a la inversa, que elementos idénticos pueden desempeñar funciones diferentes, dependiendo de la forma en que estén relacionados entre sí. Por lo tanto, dentro de este método, el proceso de calificación requiere un juicio mucho más complejo que la «mecánica» comprobación de la identidad. Se trata de una operación que debe realizarse en virtud de una evaluación ponderada de la incidencia que cada elemento del caso presenta con respecto a los demás o, mejor aún, de su idoneidad o no para realizar, conjuntamente con los demás, la función hipotética y, como tal, atribuible al sistema jurídico. Se parte —comenta con autoridad Luigi Mengoni, aportando así su valioso sello (también porque es ajeno a los prejuicios de la escuela) al enfoque aquí discutido— del supuesto de que existe «un núcleo

40 Cfr. E. Berti (1987). *Le vie della ragione*, Bologna, p.86.

común a todas las situaciones de aplicación», pero se deja abierta la posibilidad de identificar «variantes de significado adecuadas a los distintos contextos»⁴¹.

Tengamos siempre presente la advertencia de Giavoleno: *omnis definitio periculosa est*. La subordinación, mientras es, no es, y mientras no es, es. Si, como creo que es necesario, partimos del supuesto de la singularidad de los individuos, también su interacción es siempre innovadora. Esto significa que debemos razonar en términos de reconstruir cómo se ha llegado a la hetero-organización en cada caso concreto. No se trata de superponer una hetero-organización preestablecida a la realidad. Solo hago una consideración entre las muchas posibles. El cliente que acuerda con los repartidores las modalidades de entrega de los paquetes actúa en nombre del empleador que ha organizado el trabajo. Debe valorarse el dato de la organización previa del servicio, que adquiere el significado jurídico de asunción a priori y unilateral por parte del empleador del comportamiento del consumidor. Lo que cuenta es el dato fenomenológico de la empresa: si esta última consigue, gracias a la tecnología, externalizar el poder directivo al cliente, eso no significa que, desde el punto de vista jurídico, no debemos imputar la acción del cliente a la propia empresa.

El jurista no debe buscar la subordinación como supuesta esencia de las relaciones de producción. Más bien debe reconocer cuándo, en la forma en que las partes se relacionan en la realidad, existe la situación típica de sometimiento del trabajador al poder directivo unilateral del empleador. En Italia, hemos sido testigos de numerosas reformas: la reforma de la posición jurídica del socio-trabajador (ley n.º 142 de 2001), la introducción del contrato de trabajo por proyecto (decreto legislativo n.º 276 de 2003), del trabajo económicamente dependiente (Ley No. 92 de 2012) y, por último, de las colaboraciones heteroorganizadas (Decreto Legislativo No.81 de 2015), que tienen en común el hecho de que los supuestos jurídicos planteados nunca se corresponden con un referente caracterizado por una tipicidad social mínima. También por esto, todas ellas son reformas fallidas o para las que se ha iniciado el procedimiento de quiebra. Son reformas que obligan a encajar en una nueva forma jurídica

41 L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 193. Sobre el pensamiento jurídico de Mengoni cfr. L. Nogler, “El itinerario metodológico de Luigi Mengoni”. En *Annuario de filosofía del derecho*, XXV (2008-2009), p. 353 y ss.

situaciones que son muy heterogéneas entre sí. La teoría que ha inspirado al legislador ha uniformizado lo que en lo social sigue siendo plural. Se trata de errores de perspectiva que la Constitución no permite cometer.

Es cierto que la organización empresarial nunca se da a priori, sino que siempre es también el resultado de decisiones inconscientes y/o inconfesables⁴², entre las que desempeñan un papel destacado los impulsos positivos de los trabajadores que, como decía Mario Napoli, pueden estar sujetos al poder directivo, pero no tienen por qué estarlo necesariamente en la fase de aplicación. Es cierto que el ejercicio del poder directivo es, de hecho, «meramente eventual», en el sentido de que está inscrito en el reglamento contractual; sin embargo, hay que precisar que, con la celebración del contrato de trabajo por cuenta ajena, es el propio trabajador quien se compromete a adoptar un comportamiento que tenga en cuenta el hecho de que debe «trabajar en equipo, trabajar con otros»⁴³.

Pero si se acepta la premisa de que, incluso en el contexto del trabajo por cuenta ajena, el trabajador está en movimiento y sigue siendo el sujeto de sus acciones ejecutivas, que son, en cualquier caso, el resultado de su autodeterminación y, por lo tanto, una forma de participación activa, de fuerza motriz, de la propia organización del trabajo. El espacio colectivo de trabajo es, sin duda, generador de la identidad del trabajador por cuenta ajena que ejerce en él un papel activo, aunque solo sea porque su impulso positivo se «instrumentaliza» en función del trabajo, por lo que es innegable que debe involucrar su persona física y psíquica en el cumplimiento de la prestación laboral. Razón por la cual, entre otras cosas, es precisamente el reconocimiento efectivo de los derechos del trabajador lo que representa el incentivo que genera de manera más eficiente un aumento de su productividad. En definitiva, es hora de hacer crecer a nuestro trabajador subordinado. En este sentido, no puedo dejar de recordar que la

42 Cfr. N. Brunsson, (1985). *The Irrational Organization: Irrationality As a Basis for Organizational Action and Change*, Wiley.

43 M. Napoli (1996). “Contratto e rapporti di lavoro, oggi”. En: *Questioni di diritto del lavoro* (1992-1996), Torino, p. 48; Cfr. U. CARABELLI (2014). “Organizzazione del lavoro e professionalità”. En: *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, p. 20; en el contexto de una visión operista. Sobre estos aspectos, permítanme remitirles a mi artículo: “*Contrato de trabajo y organización*, in *Trabajo e derecho*, 2015, n. 11, p. 17 y ss.

propia doctrina social de la Iglesia configura el trabajo, incluso el subordinado, como la forma en que la persona se convierte en cocreadora del mundo.

III. "NO SE PUEDE NADAR DESDE LA ORILLA"

Con demasiada frecuencia abordamos los casos concretos con un prejuicio calificativo sin esforzarnos por darnos cuenta, por así decirlo, de cómo esto condiciona nuestra forma de razonar. Pero al hacerlo, el intérprete se engaña a sí mismo. Por supuesto, no pretendo afirmar que deba pretender salir de su subjetividad⁴⁴. Más bien creo que el intérprete debe sacar todas las consecuencias que esta última conlleva y, por lo tanto, elevar el vínculo entre su subjetividad existencial (y, por lo tanto, también, entre los otros múltiples perfiles de la vida, profesional) con la realidad (relación) investigada hasta el punto de que «para la observación, el objeto ya no es la cosa, sino la relación sujeto-objeto»⁴⁵. Nadie pretende, repito, que el jurista salga de sus condicionamientos, sino «solo» que actúe habiéndose tomado conciencia de ellos. Debe llevar la autocrítica hasta el punto de estar razonablemente seguro de haber enmarcado la realidad en la medida más adecuada; medida que está simbolizada por el ángulo recto (que los antiguos llamaban norma). De la actividad jurídica se puede repetir lo que Jaspers dijo de la filosofía, es decir, que «no se puede nadar estando en la orilla» (a lo que hay que añadir que para nadar hay que haber aprendido a hacerlo).

44 Cfr. G. Ferraro (2020). "Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche". En: *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 356, habla del condicionamiento de nuestra forma de concebir el artículo 2094 del Código Civil.

45 K. Jaspers (1993). *Volontà e destino. Scritti autobiografici*, Genova.

Derecho Laboral Comparado^(*) ^(**)

Comparative Labour Law

ANNE TREBILCOCK***

Asociada al Instituto de Derecho Laboral de la Universidad de Gotinga, Alemania
Correo electrónico: annetrebilcock@gmail.com
Código ORCID: 0000-0001-5125-7031

RESUMEN: La reconocida profesora Anne Trebilcock ofrece una revisión sistemática del Derecho Laboral Comparado como un campo dinámico que ha experimentado un renovado impulso ante la globalización, la transformación tecnológica y la fragmentación de los mercados de trabajo. La autora sostiene que la comparación ya no puede limitarse al análisis horizontal entre legislaciones nacionales, sino que debe incorporar una dimensión vertical que integre normas internacionales, acuerdos comerciales, iniciativas privadas y mecanismos de gobernanza transnacional. En este contexto, el Derecho Laboral Comparado se presenta como una herramienta para examinar cuestiones estructurales —como la identificación de la relación laboral, la regulación del trabajo en la economía informal y de plataformas, la eficacia de los derechos colectivos o la articulación entre desarrollo y protección social—, destacando tanto su potencial explicativo como sus límites metodológicos.

El texto profundiza en los usos, riesgos y métodos del ejercicio comparativo, subrayando la importancia de contextualizar las normas en su entorno político, económico y social, en línea con la tradición funcionalista. Se analizan fenómenos como la transposición normativa, los trasplantes legales y la “traducción” de instituciones jurídicas, advirtiendo sobre los peligros de una transferencia acrítica de modelos. Asimismo, se examinan las principales fuentes —desde la legislación y la jurisprudencia hasta bases de datos internacionales y redes académicas— y se destaca un giro hacia enfoques más empíricos e interdisciplinarios. En definitiva, la autora concluye que, pese a su complejidad, el Derecho Laboral Comparado sigue siendo una herramienta indispensable para comprender la evolución del trabajo y diseñar reformas jurídicas informadas y contextualizadas.

ABSTRACT: Renowned professor Anne Trebilcock offers a systematic review of comparative labour law as a dynamic field that has experienced renewed momentum in the face of globalisation, technological transformation, and the fragmentation of labour markets. The author argues that comparison can no longer be limited to horizontal analysis between national legislations, but must incorporate a vertical dimension that integrates

- * Publicado como “Introducción” del libro *Comparative Labour Law* de Anne Trebilcock (ed.), Edward Elgar, 2018, p. xiii-xxxix. El libro se enfoca en la literatura en inglés sobre la materia.
- ** Traducción y edición a cargo de los directores de Laborem.
- *** Ex asesora legal y directora del departamento de asuntos jurídicos de la Organización Internacional del Trabajo.

international standards, trade agreements, private initiatives, and transnational governance mechanisms. In this context, comparative labour law is presented as a tool for examining structural issues—such as the identification of the employment relationship, the regulation of work in the informal and platform economy, the effectiveness of collective rights, and the articulation between development and social protection—highlighting both its explanatory potential and its methodological limitations.

The text delves into the uses, risks, and methods of comparative analysis, emphasising the importance of contextualising norms in their political, economic, and social environment, in line with the functionalist tradition. It analyses phenomena such as regulatory transposition, legal transplants, and the “translation” of legal institutions, warning of the dangers of uncritical model transfer. It also examines the main sources—from legislation and case law to international databases and academic networks—and highlights a shift towards more empirical and interdisciplinary approaches. Ultimately, the author concludes that, despite its complexity, comparative labour law remains an indispensable tool for understanding the evolution of work and designing informed and contextualised legal reforms.

PALABRAS CLAVE: Derecho Laboral Comparado, relación laboral, fuentes del derecho laboral.

KEY WORDS: Comparative Labour Law, employment relationship, sources of labour law.

SUMARIO: I. Introducción: ilustraciones del campo. II. Un espacio de gobernanza multifacético y en expansión. III. Los usos y límites del derecho laboral comparado. 1. *Reflexiones sobre el ejercicio comparativo*. 2. *Transposición, trasplantes y traducción*. IV. Fuentes y métodos del derecho laboral comparado. 1. *Fuentes*. 2. *Métodos: una visión general*. 3. *Un giro hacia el empirismo*. V. Ejes de comparación: territorios y temas. 1. *Territorios seleccionados*. 2. *Temas seleccionados para la comparación*. 3. *Búsqueda de la aplicación de los derechos laborales*. VI. Comentarios finales.

I. INTRODUCCIÓN: ILUSTRACIONES DEL CAMPO

Aunque el derecho laboral es una «disciplina joven», algunos consideran que los estudios comparativos en este campo están experimentando un «renacimiento».¹ Esto refleja la sensibilidad del campo a los rápidos cambios en las circunstancias tecnológicas, económicas, políticas y sociales, tanto dentro como

1 MATTHEW FINKIN & GUY MUNDLAK, eds., RESEARCH HANDBOOK ON COMPARATIVE LABOUR LAW (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015) 1 [Finkin & Mundlak]; Neal (2015). *Op. Cit.* 174.

fuera de las naciones. Como predijo Sir Bob Hepple en 2005, «la globalización de las culturas jurídicas aumentará en gran medida el proceso de [...] tomar prestado de otros sistemas, lo que ha sido una característica de las leyes laborales desde sus inicios [...]».² Ahora es un buen momento para destacar ejemplos de cómo se ha configurado el derecho laboral comparado en un contexto de evolución de la forma de trabajar y del funcionamiento de los mercados laborales.

Como ilustra la literatura, sería difícil imaginar un campo más cargado de advertencias que el derecho comparado. O, de hecho, uno tan plagado de dudas como el derecho laboral. El campo se debate con preguntas como: ¿Cuál es el propósito del derecho laboral y cómo lograrlo?³ En un campo que involucra el poder y la distribución, esta no es una pregunta libre de valores, ya que el subtexto siempre será: «¿A quiénes beneficia esta ley?». Sabiendo que algunos autores consideran que la regulación laboral es un obstáculo para el crecimiento y la prosperidad, mientras que otros la ven como una herramienta esencial para corregir las imperfecciones del mercado y alcanzar objetivos sociales⁴, ¿cómo se puede medir el impacto de las leyes laborales?⁵ En un entorno de economía informal, en el que los trabajadores quedan fuera del ámbito de aplicación efectivo de la legislación laboral, ¿qué significado puede tener en la práctica?⁶

2 BOB HEPPLER, *LABOUR LAWS, AND GLOBAL TRADE* (London: Hart, 2005), 270.

3 Véase, por ejemplo, GUY DAVIDOV & BRIAN LANGILLE, eds, *THE IDEA OF LABOUR LAW* (Oxford: Oxford University Press, 2011) [Davidov & Langille]; KATHERINE V.W. STONE & HARRY ARTHURS, eds, *RETHINKING WORKPLACE REGULATION* (London: Russell Sage, 2013) [Stone & Arthurs]; Frank Hendrickx, *Foundations and Function of Contemporary Labour Law*, 3(2) *EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL* (2012) 108–29; Rose-Marie Belle Antoine, *Rethinking Labor Law in the New Commonwealth Caribbean Economy: A Framework for Change*, 32(2) *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL* (2011) 343–71 [Antoine 2011]; CYNTHIA ESTLUND, *REGOVERNING THE WORKPLACE: FROM SELF-REGULATION TO CO-REGULATION* (New Haven, CT: Yale University Press, 2010); ROSEMARY OWENS & JOELLEN RILEY, *THE LAW OF WORK* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

4 Shelley Marshall, *Revitalizing Labour Market Regulations for the Economic South: New Forms and Tools*, in *LABOUR REGULATION AND DEVELOPMENT: SOCIO-LEGAL PERSPECTIVES* (Shelley Marshall & Colin Fenwick, eds, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016) 288 [Marshall & Fenwick].

5 Véase, por ejemplo, Mark Barenberg, *International Labour Indicators: Conceptual and Normative Snares*, in *RESEARCH HANDBOOK ON TRANSNATIONAL LABOUR LAW* (Adelle Blackett & Anne Trebilcock, eds, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015) 76–92 [Blackett & Trebilcock].

6 Véase Marshall in Fenwick & Marshall, op. cit.; ADRIENNE E. EATON, SUSAN J. SCHURMAN & MARTHA A. CHEN, eds, *INFORMAL WORKERS AND COLLECTIVE ACTION* (Ithaca,

Otras preguntas frecuentes se refieren a cómo identificar a un empleador, a un empleado y a una relación laboral⁷, o cómo promover la igualdad en un lugar de trabajo «fragmentado»⁸. El campo se pregunta qué significan los derechos laborales colectivos en una economía gig o de plataformas, y cómo se pueden hacer valer los derechos laborales a lo largo de una cadena de valor global⁹. Las críticas más amplias sobre el derecho y el desarrollo cuestionan si los llamados modelos de los países económicamente más ricos pueden ser relevantes en otros contextos y de qué manera¹⁰. A pesar de estas cuestiones existenciales, o quizá precisamente por ellas, se sigue escribiendo al respecto, con la convicción de que, si se hace con cuidado, el derecho laboral comparado puede ser útil.

II. UN ESPACIO DE GOBERNANZA MULTIFACÉTICO Y EN EXPANSIÓN

Hoy en día, la comparación del derecho laboral es necesariamente tanto vertical como horizontal¹¹. El alcance del derecho laboral comparado es variable, tanto en lo que se refiere al ámbito de gobernanza que se explora como a las cuestiones que se abordan. Tradicionalmente, los estudios han comparado la

NY: ILR Press, 2017); JUDY FUDGE, SHAE McCRYSTAL & KAMALA SANKARAN, eds, CHALLENGING THE LEGAL BOUNDARIES OF WORK REGULATION (London: Hart, 2012).

7 Véase, por ejemplo, J. PRASSL, THE CONCEPT OF THE EMPLOYER (Oxford: Oxford University Press 2015); BERND WAAS & GUUS HEERMA VAN VOSS, RESTATEMENT OF LABOUR LAW IN EUROPE, Vol. 1: THE CONCEPT OF THE EMPLOYEE (London: Hart, 2017); Guy Davidov, Mark Freedland & Nicola Kountouris, The Subjects of Labour Law: 'Employees' and Other Workers, in Finkin & Mundlak, op. cit.; HUGH COLLINS, PAUL DAVIES & R.W. RIDEOUT, eds, LEGAL REGULATION OF THE EMPLOYMENT RELATION (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2002).

8 Véase, por ejemplo, DAVID WEIL, THE FISSURED WORKPLACE (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014); LAURA CARLSON, COMPARATIVE DISCRIMINATION LAW: HISTORICAL AND THEORETICAL FRAMEWORKS (London: Brill, 2017); BOB HEPPLER, EQUALITY: A NEW LEGAL FRAMEWORK, 2nd ed. (London: Hart, 2014).

9 Véase, por ejemplo, Donini et al., Chapter 19 in this volume and INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, DECENT WORK IN GLOBAL SUPPLY CHAINS, International Labour Conference, 105th Session, 2016, Report IV, and Resolution concerning decent work in global supply chains, adopted by the Conference on 10 June 2016.

10 Véase, por ejemplo, MICHAEL J. TREBILCOCK & RONALD J. DANIELS, RULE OF LAW REFORM AND DEVELOPMENT: CHARTING THE FRAGILE PATH OF PROGRESS (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2008).

11 ROGER BLANPAIN, ed., COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN INDUSTRIALIZED MARKET ECONOMIES, 10th ed. (Kluwer Law International, 2014) [Blanpain 2014].

situación jurídica de dos o más Estados nacionales o componentes de Estados federales sobre un tema concreto¹². Esto podía consistir en examinar únicamente la legislación o, más raramente, profundizar en las decisiones judiciales, los convenios colectivos e incluso los contratos de trabajo individuales. Hoy en día, reflejando los diversos espacios y niveles de gobernanza, desde las normas laborales internacionales y los acuerdos comerciales hasta las disposiciones privadas, como los códigos de conducta corporativos, el derecho laboral comparado ya no se basa únicamente en el derecho nacional. A menudo existe una interacción entre ese derecho y las iniciativas privadas¹³.

El alcance sustantivo del derecho laboral comparado también es amplio, ya que abarca el derecho laboral individual, el derecho laboral colectivo y otros aspectos, incluido el contexto socioeconómico en el que se inscriben las normas. Este campo abarca una serie de intervenciones legislativas en el mercado laboral: oferta de mano de obra, adquisición de competencias, condiciones de empleo, contratos de trabajo, medidas de protección social, relaciones entre empleadores y empleados, representación colectiva y resolución de conflictos¹⁴. El derecho laboral comparado refleja ahora «el traslado del derecho laboral a ámbitos jurídicos que están cobrando mayor importancia para el establecimiento de los derechos de los trabajadores en la aldea global, como el derecho mercantil y el derecho migratorio»¹⁵. Algunos incluso afirman que «los Estados configuran los mercados laborales y las relaciones de los agentes del mercado con la misma

12 E.g. MINAWA EBISUI, SEAN COONEY & COLIN FENWICK, eds, *RESOLVING INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES: A COMPARATIVE OVERVIEW* (ILO, 2016); GREGOR THÜSING & GERRIT FORST, *WHISTLEBLOWING – A COMPARATIVE STUDY* (Springer, 2016).

13 Véase, por ejemplo, DEIDRE MCCANN, SANGHEON LEE, PATRICK BELSER, COLIN FENWICK, JOHN HOWE & MALTE LUEBKER, eds, *CREATIVE LABOUR REGULATION: INDETERMINACY AND PROTECTION IN AN UNCERTAIN WORLD* (ILO, 2014); Silvana Sciarra, *The 'Autonomy' of Private Governance Building on Italian Labour Law Scholarship in a Transnational Perspective*, in *NORMATIVE PATTERNS AND LEGAL DEVELOPMENTS IN THE SOCIAL DIMENSION OF THE EU* (Ann Numhauser-Henning & Mia Rönnmar, eds, Hart, 2013) 65–75; CYNTHIA ESTLUND, *REGOVERNING THE WORKPLACE: FROM SELF-REGULATION TO CO-REGULATION* (Yale University Press, 2010).

14 Véase Fenwick y Kalula (2005). *Óp. Cit.* 194

15 Finkin & Mundlak, *op. cit.*, 16; Kerry Rittich & Guy Mundlak, *The Challenge to Comparative Labor Law in a Globalized Era*, in Finkin & Mundlak, 80–111; Alan Hyde & Emanuele Menegatti, *Legal Protection for Employee Mobility*, in Finkin & Mundlak, 195–219.

eficacia mediante políticas comerciales, fiscales, monetarias, de inmigración, de bienestar social y de educación que mediante las leyes laborales»¹⁶.

La atención que ahora se presta al trabajo en la economía informal ha ampliado aún más el campo. Porque, aunque en la práctica no se aplique la legislación laboral formal a muchos trabajadores, estos mercados laborales no son independientes ni «libres de reglas». Cada vez suscita más interés la forma en que se regulan en la práctica¹⁷. Un elemento clave del concepto de «trabajo decente» es que todas las personas que trabajan tienen derechos en el ámbito laboral¹⁸. La forma de lograrlo en diversos contextos sigue siendo objeto de un intenso debate en torno a la legislación laboral y el desarrollo. Según Antoine, «un enfoque del derecho laboral que abarque directamente la perspectiva del desarrollo [...] es más adecuado [que centrarse en la relación laboral] para alcanzar los objetivos fundamentales del derecho laboral»¹⁹. Sankaran ha argumentado que un enfoque basado en el derecho al desarrollo, junto con las Declaraciones de la OIT de 1998 y 2008 sobre los derechos fundamentales en el trabajo y la justicia social, «reposicionaría el derecho laboral no solo como favorable a las empresas, sino como un instrumento inclusivo que responde a las necesidades de los trabajadores, incluidos los de la economía informal»²⁰.

- 16 Marlese von Broembsen & Shane Godfrey, *Labour Law, and Development Viewed from Below: What do Case Studies of the Clothing Sectors in South Africa and Lesotho tell us?* in Marshall & Fenwick, op. cit., 127–61, 128 [von Broembsen & Godfrey].
- 17 Shelley Marshall & Colin Fenwick, *Labour Law, and Development: Characteristics and Challenges*, in Fenwick & Marshall. *Óp. Cit.*, 1–32.
- 18 Este ha sido un leitmotiv desde el lanzamiento de la Agenda de Trabajo Decente de la OIT en 1999 hasta la articulación de los Objetivos de Desarrollo Social 2030. Algunos académicos lo han utilizado como punto de partida; véase, por ejemplo, Stefan van Eck, *Revisiting Agency Work in Namibia and South Africa: Any Lessons from the Decent Work Agenda and the Flexigurity Approach?* 30:1 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2014) 49–66.
- 19 Antoine 2011. *Óp. Cit.*, 370.
- 20 Kamala Sankaran, *Labour Law in South Asia: A Right to Development Perspective*, in Marshall & Fenwick. *Óp. Cit.*, 207–34, 230.

III. LOS USOS Y LÍMITES DEL DERECHO LABORAL COMPARADO

1. Reflexiones sobre el ejercicio comparativo

El derecho laboral comparado es mucho más que la descripción y el análisis de textos legislativos y sentencias judiciales, aunque estos son elementos fundamentales. Los autores también comparan teorías²¹, enfoques²², construcciones jurídicas²³, conceptos²⁴, sistemas²⁵, procesos de reforma²⁶ y ámbitos relacionados con el derecho laboral²⁷. El derecho laboral comparado está muy arraigado en «la

- 21 Véase, por ejemplo, Hugh Collins, Theories of Rights as Justifications for Labour Law, in THE IDEA OF LABOUR LAW (Brian Langille & Guy Davidov, eds, Oxford University Press, 2011) 137–55; Miriam Kullmann, The Principle of *effect utile* and its Impact on National Methods for Enforcing Rights of Posted Workers, 29(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS (2013) 283–303.
- 22 Por ejemplo, las teorías del desarrollo de Amartya Sen y Martha Nussbaum han atraído considerable atención entre quienes escriben sobre derecho laboral. Véase von Broembsen y Godfrey, en Marshall y Fenwick, *op. cit.*; Kevin Kolben, Labour Regulation, Capabilities and Democracy, en Marshall y Fenwick, *op. cit.*, 60–81. Kolben también examina el trabajo de otros autores (Langille, Fudge) en relación con el enfoque de las capacidades. Para un análisis previo, véase Anne Trebilcock, Using Development Approaches to Address the Informal Economy in Labour Law, en THE FRONTIERS AND BOUNDARIES OF LABOUR LAW (Brian Langille y Guy Davidov, eds., Londres: Hart, 2006), 63–96.
- 23 MARK FREEDLAND & NICOLA KOUNTOURIS, THE LEGAL CHARACTERIZATION OF PERSONAL WORK RELATIONS (Oxford: Oxford University Press, 2012); MARC RIGAU, JAN BUELENS & AMANDA LATINNE, eds, FROM LABOUR LAW TO SOCIAL COMPETITION LAW? (Cambridge: Intersentia, 2014); JUDY FUDGE, SHAE MCCRYSTAL & KAMALA SANKARAN, eds, CHALLENGING THE LEGAL BOUNDARIES OF WORK REGULATION (London: Hart, 2012); Antoine 2011. *Op. Cit.*
- 24 Anthony Forsyth, John Howe, Peter Gahan & Ingrid Landau, Establishing the Right to Bargain Collectively in Australia and the United Kingdom: Are Majority Support Determinations under the Australia Fair Work Act a More Effective Form of Recognition? 46(3) INDUSTRIAL LAW JOURNAL (2017) 335–65; RUTH DUKES, THE LABOUR CONSTITUTION: THE ENDURING IDEA OF LABOUR LAW (Oxford: Oxford University Press, 2014).
- 25 E.g. Kerstin Ahlberg, Complicated Relations between EU and Nordic Labour Law Systems, summarizing JENS KRISTENSEN, ed., EUROPE AND THE NORDIC COLLECTIVE AGREEMENT MODEL (2015), NORDIC LABOUR JOURNAL (17 June 2015), <http://www.nordiclaborjournal.org/nyheter/news-2015/article.2015-06-17.0778762183> (accessed 29 June 2018); Takashi Araki, A Comparative Analysis of Security, Flexibility, and Decentralized Industrial Relations in Japan, 28:3 COMPARATIVE LABOUR LAW & POLICY JOURNAL (2007) 443–54 [Araki].
- 26 Colin Fenwick, The ILO and National Labour Law Reform: Six Case Studies, in Marshall & Fenwick, *op. cit.*, 235–87 [Fenwick, Six Studies]; Shelley Marshall, How Does Institutional Change Occur? Two Strategies for Reforming the Scope of Labour Law, 43(3) INDUSTRIAL LAW JOURNAL (2014) 286.
- 27 E.g. Stewart J. Schwab, Law-and-Economics Approaches to Labor and Employment Law, 33(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2017) 115–44.

sed de conocimiento, la yuxtaposición de experiencias descubiertas y, en algunos casos, la búsqueda de puntos en común o diferencias marcadas entre diversos sistemas “modelo”²⁸. Como ha señalado Araki, «un estudio comparativo del derecho laboral, especialmente un análisis funcional de los respectivos sistemas de derecho laboral desde una perspectiva amplia, sigue siendo importante y aclara las características del propio sistema»²⁹. Cuando el derecho laboral comparado va más allá de la simple defensa de la normativa laboral existente, abre «una oportunidad inestimable para imaginar alternativas»³⁰ y «nos recuerda que el verdadero sujeto del derecho es el ser humano»³¹.

La frecuencia con la que los autores siguen haciendo referencia al ensayo de Sir Otto Kahn-Freund, «Sobre los usos y abusos del derecho comparado», es una prueba de su perdurable relevancia para el derecho laboral comparado, aunque su tema fuera mucho más amplio³². Como escribió sabiamente Kahn-Freund, «el método comparativo [...] requiere un conocimiento no solo del derecho extranjero, sino también de su contexto social y, sobre todo, político. El uso del derecho comparado con fines prácticos solo se convierte en un abuso si se basa en un espíritu legalista que ignora este contexto del derecho»³³. El enfoque funcionalista de Kahn-Freund sigue constituyendo la base de gran parte de los trabajos sobre derecho laboral comparado³⁴.

28 Neal (2015). *Óp. Cit.* 161.

29 Araki. *Óp. Cit.* 454.

30 Alvaro Santos, The Trouble with Identity and Progress Origins in Defending Labour Law, in CRITICAL LEGAL PERSPECTIVES ON GLOBAL GOVERNANCE: LIBER AMICORUM DAVID M. TRUBEK (Gráinne de Búrca, Claire Kilpatrick & Joanne Scott, eds, London: Hart, 2014) 207–46.

31 Thomas C. Kohler, Comparative Law in a Time of Globalization: Some Reflections, 52(1) DEQUESNE LAW REVIEW (2014) 101–14.

32 Otto Kahn-Freund (1974), Sobre los usos y abusos del derecho comparado, 37(1) MODERN LAW REVIEW 1–27. La mayor parte del artículo se centra en el derecho de familia y el derecho administrativo, y la sección final se dedica al derecho de las relaciones laborales. Esto, junto con la antigüedad de muchos de sus ejemplos, abogó por incluir en su lugar un artículo comentado por Kahn-Freund. El artículo de Kahn-Freund aparece en JAN SMITS, ELGAR ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, 2.^a ed. (Cheltenham, Reino Unido y Northampton, MA, EE. UU.: Edward Elgar Publishing, 2012) [Smits].

33 Kahn-Freund. *Óp. Cit.*, 27.

34 Véase, por ejemplo, Ruth Dukes, Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund and the Role of Labour Law, 35(3) JOURNAL OF LAW & SOCIETY (2008) 341–63.

Como han observado con perspicacia Rittich y Mundlak:

El proyecto comparativo en materia de legislación laboral es extraordinariamente complejo. Cualquier análisis de este tipo requiere comprender la naturaleza de la legislación laboral, cómo esta ley surge y se constituye a partir de fuerzas sociales, políticas e industriales, y cómo la ley, a su vez, afecta a la organización y el funcionamiento de las esferas sociales y económicas, incluso de formas que no son obvias ni previsibles³⁵.

En su trabajo sobre el derecho laboral y el desarrollo, Teklè también ha defendido un «enfoque del derecho en su contexto»³⁶.

Entonces, ¿por qué embarcarse en un ejercicio tan difícil? El derecho laboral comparado nos ofrece diferentes perspectivas sobre nuestro propio sistema. Al tomar distancia, obtenemos una perspectiva más crítica sobre lo que habíamos asumido que era la única forma de abordar un problema o estructurar una institución. Summers comentó con perspicacia: «Cuando solo conocemos un sistema laboral, somos cautivos de sus supuestas premisas y sus supuestas consecuencias. No podemos imaginar fácilmente que las partes esenciales puedan ser de otra manera; no vemos muchas de las preguntas que vale la pena plantear»³⁷. Como ha dicho Arthurs, los ejemplos de «otros» Estados relevantes pueden seguir «liberando [a los comparativistas] de la tiranía del statu quo» y recordarnos que las normas jurídicas son maleables³⁸.

¿Cuáles son los factores que impulsan el derecho laboral comparado? Uno de ellos es la necesidad percibida de «identificar tendencias y patrones en la regulación laboral a nivel mundial... especialmente cuando se considera que [esas tendencias] cuestionan los valores que sustentan el estudio del derecho laboral»³⁹. Entre los ejemplos recientes de estas tendencias se incluyen el análisis

35 Rittich & Mundlak. *Óp. Cit.*, 80.

36 Tzehainesh Teklè, Labour Law and Worker Protection in the South: An Evolving Tension between Models and Reality, in Teklè. *Óp. Cit.*, 3.

37 Clyde Summers, Comparisons in Labor Law: Sweden and the United States, in *Startryk ur Svensk Juristtidning* 589, 615 (1983)..

38 Arthurs (2007). *Óp. Cit.* 608,

39 Alan Bogg & Keith Ewing, Freedom of Association, in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 298

de la economía gig⁴⁰ y la «uberización»⁴¹, así como los intentos de regular las cadenas de suministro globales⁴². Otro factor impulsor es la demanda de una reforma del derecho laboral, ya sea impulsada por la demanda interna, los compromisos internacionales o regionales, o incluso la presión de las instituciones financieras internacionales⁴³. Otra motivación relacionada con el trabajo comparativo radica en el intento de identificar la relación entre la legislación laboral y el posicionamiento competitivo en el mercado en una economía globalizada⁴⁴. Los estudiosos de la gestión reconocen desde hace tiempo la utilidad del derecho laboral comparado, al igual que las propias empresas, lo que ha llevado a algunos bufetes de abogados a emprender investigaciones sobre derecho comparado⁴⁵. Además, la atención que ha suscitado el debate sobre las empresas y los derechos humanos⁴⁶ entre las empresas multinacionales y los defensores de los derechos laborales demuestra la continua relevancia de este campo.

- 40 Valerio de Stefano, The Rise of the 'Just-in Time Workforce': On Demand Work, Crowdfwork and Labour Protection in the Gig-Economy, 37(3) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL (2016) 471–503, en un número especial que editó como invitado.
- 41 Mimi Zou, The Regulatory Challenges of Uberization in China: Classifying Ride-Hailing Drivers, 33(2) JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2017) 269–94; Antonio Rodrigues de Freitas Junior & Victor Raduan da Silva, The Uberization of Work and the Legal Regulation: The Challenge of Labour Protection in Semi-Peripheral Economies, Paper Presented at 3rd Labour Law Research Network, Toronto, June 2017 (véase el sitio web del LLRN).
- 42 Por ejemplo, Michael Rawling & John Howe, The Regulation of Supply Chains: An Australian Contribution to Cross-National Legal Learning, in Stone & Arthurs, op. cit., 233–52.
- 43 Por ejemplo, Fenwick in Marshall & Fenwick, *Op. Cit.*; María Luz Vega Ruíz, New Trends in Latin American Labour Reforms: The Law, its Reform and its Impact in Practical Terms, in IN DEFENCE OF LABOUR MARKET INSTITUTIONS: CULTIVATING JUSTICE IN THE DEVELOPING WORLD (Janine Berg & David Kucera, eds, London: Palgrave Macmillan/ILO, 2008) 233–63 [Vega Ruíz]; Franz Christian Ebert, The International Financial Institutions' Approach to Labour Law: The Case of the International Monetary Fund, in Blackett & Trebilcock, *Op. Cit.*, 124–37.
- 44 Véase por ejemplo, Martin Warren, Employment: When in Rome, THE LAWYER ONLINE (2007), www.thelawyer.com/issue/21-may-2007, 1–3, which examines the EU Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations from the perspective of firms outsourcing work to India, and The Export-Import Bank of India, Comparison of Labour Laws: Selected Countries, Occasional Paper No. 160 (2013), que presenta la legislación de 21 países como fuente de ideas para mejorar la competitividad de la India..
- 45 Por ejemplo, Jacques Rojot, Future Directions for Labor Law Scholarship and International Collaboration, 28(3) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY REVIEW (2007) 583–89.
- 46 Véase, por ejemplo, JANICE BELLACE & BERYL TER HAAR, eds, RESEARCH HANDBOOK ON BUSINESS AND LABOUR RIGHTS (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, forthcoming; Bellace & ter Haar).

El derecho laboral comparado puede ayudar a aclarar las opciones y alternativas jurídicas, «así como [...] revelar lógicas profundamente arraigadas y desarrollos coyunturales que pueden afectar a la evolución del derecho»⁴⁷. Especialmente en tiempos de crisis, buscamos fuera de nuestras fronteras nuevas soluciones jurídicas. El conjunto de conocimientos sobre los diferentes enfoques jurídicos de las cuestiones laborales se convierte en un banco al que se puede recurrir en momentos de necesidad. A veces, el derecho laboral comparado no reside en la legislación, sino en la importación de conceptos que luego se transforman. Esto implica lo que Moreau ha denominado una «migración de ideas»⁴⁸.

Como reconocieron desde el principio los estudiosos del derecho comparado, este análisis no puede separarse de la comprensión de las instituciones. Esto es aún más evidente en el caso del derecho laboral, que en parte es generado por los propios actores del mercado laboral en forma de negociación colectiva y, en ocasiones, de acuerdos marco internacionales⁴⁹. En el pasado, el trabajo sobre el derecho laboral y las relaciones laborales solía ir de la mano. Hoy en día, con un menor interés académico por las relaciones laborales colectivas, el enfoque del trabajo interdisciplinario se ha ampliado al derecho y la economía⁵⁰, o a la colaboración con sociólogos⁵¹ o teóricos de género⁵². Una constante, como ha

47 Rittich & Mundlak, *Óp. Cit.*, 111.

48 Statement at Conference, Partnership Project – Institutional Experimentation for Better Work, Magog, Canada, 27 October 2017. Por un ejemplo clásico, véase Darcy du Toit, Comparing the Interpretation of ‘Equality’ by the European Court of Justice and the South African Constitutional Court, 36(3) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL 423–47 [du Toit].

49 Por ejemplo, Renée-Claude Drouin, Freedom of Association in International Framework Agreements, in Blackett & Trebilcock, *Óp. Cit.*; Alvin L. Goldman, Enforcement of International Framework Agreements under U.S. Law, 33(4) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL (2012) 605–34; Rüdiger Krause, International Framework Agreements as Instruments for the Legal Enforcement of Freedom of Association – the German Case, 33(4) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL (2012) 749–73.

50 E.g. Silvia Bonfanti, Cynthia Estlund & Nuno Garoupa, Comparative Labor and Employment Law in Developed Market Economies: Fostering Market Efficiencies or Repairing Market Failures? in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 62–79 [Bonfanti et al.]; Niklas Bruun & Bob Hepple, Economic Policy and Labour Law, in Hepple & Veneziani, *Óp. Cit.*, 31–58; KENNETH DAU-SCHMIDT, S. HARRIS AND O. LOBEL, eds, LABOR AND EMPLOYMENT LAW AND ECONOMICS (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2009).

51 Véase, por ejemplo, Berg & Kucera, *Óp. Cit.*

52 Véase, por ejemplo, Joanne Conaghan, Labour Law and Feminist Method, 33(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS (2017) 199–238.

observado Willborn, es que el derecho laboral comparado seguirá evolucionando a medida que se enfrente a nuevas realidades⁵³.

2. Transposición, trasplantes y traducción

La transposición se produce cuando un país adapta su ordenamiento jurídico a los principios y derechos previstos en los acuerdos internacionales o regionales. Algunos trabajos en este ámbito toman como punto de partida dichos instrumentos⁵⁴, reconociendo así que el derecho laboral comparado tiene múltiples capas. El artículo “Beyond the National Case: The Role of Transnational Labour Law in Shaping Domestic Regulation” de López⁵⁵ ilustra este punto al analizar cómo interactúan las normas laborales internacionales con los sistemas jurídicos nacionales. López ha esbozado una útil imagen del derecho laboral comparado como un rompecabezas de múltiples niveles. Analiza el uso que hacen los jueces nacionales de las fuentes europeas e internacionales para regular las reclamaciones legales de los trabajadores indocumentados, y aboga por una «metodología dinámica, configuradora e interactiva en la comparación de los modelos nacionales de derecho laboral»⁵⁶. Al tiempo que ejemplifica el uso del derecho internacional en el derecho laboral comparado, su análisis también informa tanto sobre los métodos del derecho laboral comparado como sobre su búsqueda de la aplicación (indirectamente, mediante la referencia a ellos en las fuentes nacionales). Otros artículos retoman este tema, como “Closing the

53 Steven Willborn, Onward and Upward: The Next Twenty-Five Years of Comparative Labour Law Scholarship, (2003–2004) 25 COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL 183–96.

54 Véase, por ejemplo, Adelle Blackett, Regulatory Innovation on Decent Work for Domestic Workers in the Light of International Labour Organization Convention No. 189, 34(2) INTERNATIONAL COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS JOURNAL (2018) 141–48; FRED C.A. VAN HASSTEREN, DECENT FLEXIBILITY: THE IMPACT OF ILO CONVENTION 181 AND THE REGULATION OF TEMPORARY AGENCY WORK (London: Wolters Kluwer, 2017); Lance Compa, Migrant Workers in the United States: Connecting Domestic Law with International Labour Standards: The Piper Lecture, 92 CHICAGO-KENT LAW REVIEW (2017) 211–45; Michael Akomaye Yanou, Are the Rules for the Registration of Trade Unions in Cameroon Compatible with the ILO's Concept of Freedom of Association? 25 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2009) 349–56.

55 Julia López (2007), ‘Beyond the National Case: The Role of Transnational Labour Law in Shaping Domestic Regulation’, Comparative Labor Law and Policy Journal, 28 (3), 547–63.

56 López, *Óp. Cit.*, 559.

Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women's Work" de Cornish⁵⁷, "Law and Labour Market Regulation in East Asia and Southern Africa: Comparative Perspectives" de Fenwick y Kalula⁵⁸ y, en relación con el comercio, "Labor Rights in the Generalized System of Preferences: A 20-Year Review" de Compa y Vogt⁵⁹ ⁶⁰. En su artículo, "How Domestic Jurisdictions use Universal Sources of International Law", Labour Education", Beaudonnet⁶¹ se basa en las referencias del poder judicial a dichas normas en su interpretación de la legislación nacional para colmar lagunas o respaldar un punto de vista. Esta aplicación práctica del derecho laboral comparado se ha incorporado a la formación judicial⁶², que necesariamente es sensible a las diferencias en la forma en que los sistemas de derecho civil y de derecho consuetudinario incorporan las normas⁶³.

Ilustrando un método aplicado en el contexto de la agrupación subregional, el artículo "Regionalisation of Labour Law in Africa: The OHADA Project" de Auvergnon⁶⁴ ofrece ejemplos de la interacción entre las instituciones regionales y la legislación nacional que regula las cuestiones laborales. La experiencia de la OHADA revela cómo los proyectos iniciados en otros ámbitos, como la armo-

-
- 57 Mary Cornish (2007), 'Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women's Work', *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 28 (2), 219–249.
- 58 Colin Fenwick and Evance Kalula (2005), 'Law and Labour Market Regulation in East Asia and Southern Africa: Comparative Perspectives', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 21 (2), 193–226.
- 59 Lance A. Compa and Jeffrey S. Vogt (2001), 'Labor Rights in the Generalized System of Preferences: A 20-Year Review', *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 22 (2/3), 199–238.
- 60 También véase, por ejemplo, Marley S. Weiss, Two Steps Forward, One Step Back – Or Vice Versa: Labor Rights under Free Trade Agreements from NAFTA through Jordan via Chile to Latin America, and Beyond, 37(3) *UNIVERSITY OF SAN FRANCISCO LAW REVIEW* (2004) 689–755; Kevin Kolben, Integrative Linkage: Combining Public and Private Regulatory Approaches in the Design of Trade and Labour Regimes, 48(1) *HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL* (2007) 203–56.
- 61 Xavier Beaudonnet (2006), 'How Domestic Jurisdictions use Universal Sources of International Law', *Labour Education*, 2-3 (143-44), 9–19.
- 62 XAVIER BEAUDONNET, ed., *INTERNATIONAL LABOUR LAW & DOMESTIC LAW: A TRAINING MANUAL FOR JUDGES, LAWYERS AND LEGAL EDUCATORS* (Geneva: International Training Centre of the ILO, 2010).
- 63 Sobre tales diferencias, véase, por ejemplo: Halton Cheadle, Reception of International Labour Standards in Common Law Legal Systems, 2012 *ACTA JURIDICA* (2012) 348.
- 64 Philippe Auvergnon (2015), 'Regionalisation of Labour Law in Africa: The OHADA Project', *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 4 (2), May-June, 1–29.

nización del derecho mercantil, repercuten en la evolución del derecho laboral⁶⁵. El proyecto de integración económica, mucho más ambicioso, en Europa, ofrece un amplio margen para el derecho laboral comparado, como se refleja en los artículos “Comparing Labour Laws in the EU Internal Market: A Social Actors Perspective” de Schiek⁶⁶, “The Transformation of Work and the Future of Labour Law in Europe: A Multidisciplinary Perspective” de Supiot; y “Towards Collective Protections for Crowdworkers: Italy, Spain and France in the EU Context” de Donini, Forlivesi, Rota y Tullini⁶⁷. Sin embargo, la transposición también puede producirse cuando normas cuyo origen se encuentra en el sector privado pasan a formar parte del derecho laboral comparado transnacionalizado.

Los trasplantes se producen básicamente cuando se toma prestada una noción o disposición jurídica de un país y se traslada al contexto de otro⁶⁸. Kahn-Freund se mostraba profundamente escéptico al respecto. Sin embargo, como han escrito Bogg y Ewing, se ha dado una importancia exagerada a la advertencia de Kahn-Freund contra el trasplante, ya que «en su mayor parte, el derecho no se trasplanta, sino que se adopta y se adapta a las condiciones nacionales a las que se va a aplicar...»⁶⁹. Incluso esto es considerado inviable por algunos autores especializados en derecho y desarrollo, recelosos de las iniciativas impulsadas por el «Estado de derecho»⁷⁰. Como comparativista del derecho laboral, Marshall

65 Para comentarios sobre el proyecto OHADA, véase Adelle Blackett, *Beyond Standard Setting: A Study of ILO Technical Cooperation on Regional Labor Law Reform in West and Central Africa*, 32(2) *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL* (2011) 443–92; and Georges Minet & Corinne Vargha, *The Outlook for African Labour Law – Between the OHADA Way and the World Bank Recommendations*, 2–3: 143–44 *LABOUR EDUCATION* (2006) 71–80. OHADA actualmente listas ‘harmonization of labour law’ as an ‘ongoing reform,’ www.ohada.org (last accessed 31 March 2018).

66 Dagmar Schiek (2017), ‘Comparing Labour Laws in the EU Internal Market: A Social Actors Perspective’, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 33 (1), February, 171–194.

67 Annamaria Donini, Michele Forlivesi, Anna Rota and Patrizia Tullini (2017), ‘Towards Collective Protections for Crowdworkers: Italy, Spain and France in the EU Context’, *Transfer: European Review of Labour and Research*, 23 (2), May, 207–223.

68 Para un análisis más profundo, véase ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS – AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW*, 2.^a ed. (Athens, GA: University of Georgia Press, 1993). Watson observó que un trasplante puede tener un efecto jurídico distinto, aunque parezca el mismo que en el país de origen.

69 Bogg & Ewing, in Finkin & Mundlak, *Op. Cit.*, 297.

70 Por ejemplo, Upendra Baxi, *Modelling ‘Optimal’ Constitutional Design for Government Structures: Some Debutant Remarks*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM IN SOUTH ASIA*

afirma rotundamente que «el trasplante de las leyes e instituciones laborales diseñadas en Europa ha fallado a los trabajadores de los países pobres»⁷¹.

Kahn-Freund también argumentó que es mucho más fácil trasplantar el derecho laboral individual que el colectivo. Hepple, basándose en su experiencia con la reforma del derecho laboral en Sudáfrica, lo rebatió, al menos cuando se dan ciertas condiciones:

Los conceptos y las ideas —pero no las instituciones específicas— pueden tomarse prestados de otro sistema de derecho laboral colectivo, siempre que se cumplan cuatro condiciones esenciales. Estas condiciones son: 1) un consenso social entre las empresas y los trabajadores; 2) una relación orgánica entre una necesidad social específica y la forma de regulación adoptada; 3) una cultura jurídica internacionalista y abierta; y 4) la forma de derecho laboral adoptada debe contribuir a mejorar el rendimiento económico nacional⁷².

Pidió que se evaluara esa Ley de Relaciones Laborales, a la luz de esos criterios.

En publicaciones recientes también se ha hablado de la «traducción» de las normas jurídicas⁷³ y de la «inspiración en las mejores prácticas»⁷⁴. Una adaptación exitosa puede implicar «tomar prestado y adaptar»⁷⁵. Cuando ese proceso ha prestado atención a las verdaderas necesidades de un país y ha involucrado seriamente a los afectados por la ley en su diseño y revisión, puede funcionar. La creación del Consejo de Conciliación, Mediación y Arbitraje en Sudáfrica,

(Sunil Khilnani, Vikram Raghavan and Arun K. Thiruvengadam, eds, Oxford: Oxford University Press, 2013) 23 et seq.

71 Marshall, in Marshall & Fenwick, *Óp. Cit.*, 313.

72 Hepple (1999). *Óp. Cit.*, 2–3.

73 Umut Riza Ozkan (2017). “Reforma laboral en Turquía mediante la transposición de normas de múltiples fuentes”. En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 136, No. 2 287–302.

74 Wim J.M. Voermans, From Transplants to Mutual Learning, Benchmarks and Best-Practice-Inspiration, 2018(1) EUROPEAN JOURNAL OF LAW REFORM 8–19.

75 Clive Thompson, Borrowing and Bending: The Development of South Africa’s Unfair Labour Practice Jurisprudence, 9 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS (1993) 183–205.

que ha ampliado el acceso a la justicia, es un ejemplo que se cita a menudo⁷⁶. A veces, sin embargo, la adaptación es incompleta, por ejemplo, al introducir disposiciones que en la práctica prohíben toda huelga, al omitir las garantías de independencia de los jueces de los tribunales laborales o al introducir tasas que, en la práctica, impiden que los trabajadores con salarios bajos presenten reclamaciones.

Y, en ocasiones, un trasplante es simplemente un fracaso, como lo ilustra la desafortunada transferencia de la legislación estadounidense (en sí misma defectuosa) a un contexto de relaciones laborales muy diferente en el Reino Unido. En la búsqueda de explicaciones al fiasco de la Ley de Relaciones Laborales de 1971 (posteriormente sustituida), Whelan en su artículo “On Uses and Misuses of Comparative Labour Law: A Case Study”⁷⁷ atribuye este a la ausencia de un análisis previo detallado de la experiencia estadounidense y del contexto político distinto de ambos países. Al no estar en consonancia con «el ordenamiento privado de las partes», la ley estaba abocada al rechazo, sostiene su artículo.

Teubner también ha advertido que el éxito o el fracaso de un nuevo concepto jurídico tomado de otro lugar dependerá en gran medida de lo estrechamente o vagamente vinculado que esté con el sistema social correspondiente. Sostiene que los efectos de la introducción de una norma extranjera, a la que denomina «irritación fundamental» en lugar de trasplante, eran impredecibles. Esto crea «una dinámica coevolutiva circular que alcanza un equilibrio preliminar»⁷⁸ solo una vez que los discursos jurídicos y sociales se han estabilizado en torno a sus propios valores. Esto requiere inevitablemente, como escribió Hepple, un profundo conocimiento de la historia de las luchas que condujeron a los cambios jurídicos⁷⁹.

76 Pamhida Bamu & Rutendo Mudarikwa, Social Regionalism in the South African Development Community: The International, Regional and National Interpretation of Alternative Dispute Resolution, in Blackett & Trebilcock, op. cit., 455–73 [Bamu & Mudarikwa]; Paul Benjamin, Assessing South Africa's Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration, ILO DIALOGUE Working Paper No. 47 (Geneva: ILO, 2013).

77 Christopher Whelan (1982), ‘On Uses and Misuses of Comparative Labour Law: A Case Study’, The Modern Law Review, 45 (3), May, 285–300.

78 Gunther Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, 61(1) MODERN LAW REVIEW (1998) 11–32, 28.

79 Hepple, *Óp. Cit.*, 256.

Como se ha señalado, los escollos en cualquier proyecto de derecho comparado son muchos. Para analizar los efectos del derecho laboral, los riesgos pueden atenuarse teniendo en cuenta trabajos en campos estrechamente relacionados, como las relaciones laborales o industriales, los estudios de gestión o la teoría crítica de género o racial, que basan el derecho laboral en las realidades del mercado laboral. Esto nos lleva a examinar ahora las fuentes y los métodos. Al hacerlo, debemos recordar la necesidad de conocer no solo lo que está escrito en una ley, sino también por qué se redactó de esa manera y cómo funciona en la práctica⁸⁰.

IV. FUENTES Y MÉTODOS DEL DERECHO LABORAL COMPARADO

1. Fuentes

Como señala Arthurs, la metodología no puede desvincularse por completo de la teoría o la ideología⁸¹. Las fuentes utilizadas en el derecho laboral comparado están naturalmente vinculadas al propósito de la investigación que se lleva a cabo. La armonización mundial era la ambición original de los redactores de la Constitución de la OIT, que buscaban establecer una «legislación laboral internacional» que fuera directamente aplicable a todos los países con el fin de crear condiciones de igualdad⁸². Esta propuesta fue rápidamente sustituida por una disposición relativa a la recopilación de información sobre la legislación nacional con miras a informar la formulación de convenios internacionales del trabajo que luego requieren la acción del Estado para aplicar sus disposiciones. Sin embargo, la Constitución también preveía el papel de la Secretaría de la OIT en la recopilación y difusión de información, así como en el asesoramiento sobre legislación laboral basada en los convenios de la OIT y otras decisiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo⁸³. El resultado ha sido

80 Véase See Erika Kovács, Nikita Lyutov & Leszek Mitrus, *Labour Law in Transition: From Centrally Planned to a Free Market Economy in Central and Eastern Europe*, in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 403.

81 Arthurs (2007). *Óp. Cit.* 595.

82 Brian Langille, *Re-reading the Preamble to the 1919 ILO Constitution in Light of Recent Data on FDI and Worker Rights*, 42(1) COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW (2003) 87-100.

83 Sobre el asesoramiento brindado, véase Fenwick, *Six Case Studies*, *óp. cit.* (con estudios de

numerosas revisiones de las leyes de los Estados miembros de la OIT, desde los informes sobre «leyes y prácticas» elaborados para la preparación de un instrumento internacional⁸⁴ hasta estudios ad hoc⁸⁵ y bases de datos legislativas⁸⁶.

Otras organizaciones internacionales y regionales prevén una recopilación de información similar por parte de sus secretarías. La información no solo se refiere a las leyes, sino que también incluye estadísticas laborales, estudios sobre políticas y programas gubernamentales, resúmenes de buenas prácticas y mucho más⁸⁷. Estos datos constituyen una valiosa fuente de información bruta, a veces pasada por alto, así como una fuente analítica para la investigación comparativa en materia de legislación laboral⁸⁸.

Dentro de la Unión Europea (UE), las directivas sobre cuestiones laborales que son competencia de la UE se basan en la información de los Estados miembros y, a su vez, crean una nueva fuente de derecho, al igual que las deci-

Camboyá, El Salvador, Liberia, Nepal, Rumania y Sudáfrica).

- 84 Por ejemplo, OIT, TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS, Informe IV (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión, 2010 (OIT, 2009), escrito por Adelle Blackett.
- 85 E.g. SANGHEON LEE, DEIRDRE MCCANN, JOHN MESSENGER & LABOUR INTERNATIONAL, WORKING TIME AROUND THE WORLD: TRENDS IN WORKING HOURS; LAW AND POLICIES IN A GLOBAL COMPARATIVE PERSPECTIVE (London: Psychology Press, 2007).
- 86 Las que se encuentran actualizadas actualmente son NATLEX (legislación nacional sobre trabajo, seguridad social y derechos humanos relacionados), EPLex (legislación sobre protección del empleo) y LEGOSH (legislación sobre seguridad y salud en el trabajo), todas disponibles en <http://www.ilo.org/inform/online-information-resources/databases/legal-information/lang--en/index.htm> (consultado el 1 de julio de 2018).
- 87 Por ejemplo, las estadísticas y directrices estadísticas, disponibles en ILOSTAT: OIT, PERSPECTIVAS SOCIALES Y DEL EMPLEO MUNDIAL: TENDENCIAS PARA LAS MUJERES (OIT, 2017). La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) actualiza los datos sobre salarios, incluyendo la brecha salarial de género, en <https://data.oecd.org/jobs.htm>. Sin embargo, «la compatibilidad internacional y la accesibilidad de las estadísticas laborales constituyen un problema grave». Kazuya Ogura, Comparación internacional del empleo atípico: Conceptos y realidades diferentes en los países industriales, JAPAN LABOUR REVIEW (2005), 6–29, 26.
- 88 Véase, por ejemplo, el uso de la Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo en Paul Copeland y Beryl ter Haar, How EU Employment Rights are Experienced in Different-Sized Enterprises and Why it Matters, en EMPLOYMENT RELATIONS AND TRANSFORMATION OF THE ENTERPRISE IN THE GLOBAL ECONOMY (Edoardo Ales, F. Basenghi, William Bromwich y Iacopo Senatori, eds., Gippichelli, 2016), 203–24.

siones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁹. La Comisión Europea y otras instituciones de la UE, como EUROFOUND⁹⁰, patrocinan importantes investigaciones comparativas sobre derecho laboral. Además, los organismos regionales de derechos humanos de África, América y Europa han expresado sus propias opiniones sobre los derechos en el trabajo en virtud de sus respectivos instrumentos constitutivos⁹¹.

En cuanto a las visiones generales, el artículo “Endangered Species or Renaissance Child? de Neal⁹², constituye una mina de oro para identificar fuentes de derecho laboral comparado⁹³. Las redes sociales deben añadirse como una fuente cada vez más importante, ya que los tuits y los blogs inician debates sobre temas de actualidad relacionados con el derecho laboral⁹⁴. Para un tratamiento más profundo, siguen siendo indispensables las publicaciones especializadas en la materia, así como las redes de académicos y profesionales. Algunas instituciones ofrecen acceso público a datos brutos, como los repositorios de la Universidad de Cornell sobre jurisprudencia y sentencias de conformidad en litigios por discriminación por motivos de discapacidad, raza y sexo. La colaboración ad hoc en materia de investigación también ha creado nuevas fuentes de derecho laboral comparado, como la que presenta Arthurs en su artículo “‘Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of Comparative

89 ALAN BOGG, CATHRYN COSTELLO & A.C.L. DAVIES, eds, *RESEARCH HANDBOOK ON EU LABOUR LAW* (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016); Rebecca Zahn, ‘Europeanisation’ of Labour Law: Can Comparative Labour Solve the Problem? 61(1) *NORTHERN IRELAND LAW QUARTERLY* (2010) 79–92; SILVANNA SCIARRA, ed., *LABOUR LAW IN THE COURTS: NATIONAL JUDGES AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE* (London: Hart, 2001).

90 Véase <http://www.eurofound.europa.eu>.

91 Tonia Novitz, Protection of Workers’ Rights under Regional Human Rights Systems: An Assessment of Evolving and Divergent Practice, in Fenwick & Novitz, op. cit., 409–38; Rose-Marie Belle Antoine, Constitutionalising Labour in the Inter-American System on Human Rights, in Blackett & Trebilcock, *Óp. Cit.*, 284–97.

92 Alan C. Neal (2015), ‘Endangered Species or Renaissance Child?’, *European Labour Law Journal*, 6 (2), June, 152–174.

93 En particular, Marilyn J. Pittard & Stuart Butterworth, The Rich Panoply of Sources of Labour Law: National, Regional and International, in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 21–61; Michele Colucci & Nuna Zekic, Comparative Labour Law: Sources and Documentations, in Blanpain 2014, op. cit., 27–42.

94 Por ejemplo, Doorey’s Law of Work Blog, @TheLawofWork.

Labor Law”⁹⁵. A veces, los números especiales dedicados a figuras destacadas en este ámbito, sobre temas seleccionados, enriquecen aún más el derecho laboral comparado⁹⁶.

La cooperación entre las publicaciones sobre derecho laboral de diversos países, impulsada actualmente por la Asociación Internacional de Revistas de Derecho Laboral, ha supuesto un importante avance en este ámbito. Entre las publicaciones en inglés, las revistas más conocidas que ofrecen regularmente artículos relevantes son *Comparative Labor Law & Policy Journal*, *Industrial Law Journal*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (que incluye una nueva sección de comunicados), *Revista Internacional del Trabajo* y *European Labour Law Journal*. La Revista de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social (COMPTRASEC), publicada en francés, incluye un informe temático anual en inglés elaborado a partir de una amplia selección de ensayos publicados durante el año anterior en revistas pertenecientes a la Asociación, así como una edición electrónica en inglés⁹⁷.

El *Bulletin of Comparative Labour Relations*, fundado por Roger Blanpain, ofrece recopilaciones de trabajos de investigación sobre temas seleccionados, editados por expertos invitados. La *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations* presenta, entre otras cosas, informes que abarcan 75 jurisdicciones. La publicación anual *International Labour Law Reports* lleva décadas publicando informes sobre importantes decisiones judiciales nacionales. Tres veces al año, la revista *International Labor Rights Case Law* publica comentarios sobre las decisiones de organismos nacionales, regionales e internacionales en materia de principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como de salud y seguridad en el trabajo⁹⁸. Además, algunas revistas que publican principalmente

95 Harry W. Arthurs (2007), ‘Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of Comparative Labor Law,’ *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 28 (3), 591–612.

96 Por ejemplo, Special Symposium in Honor of Clyde W. Summers, coordinated by Martin H. Malin & Douglas D. Scherer, in 14(1) *EMPLOYEE RIGHTS AND EMPLOYMENT POLICY JOURNAL* (2010) 1–206.

97 Por ejemplo, Steven L. Willborn, Eri Kasagi & Sebastián de Soto Rioja, *Labour Law Beyond National Borders: Major Debates in 2016*, 2017/4 *REVUE DE DROIT COMPARÉ DE TRAVAIL ET DE LA SECURITÉ SOCIALE* (COMPTRASEC, University of Bordeaux).

98 Como se identifica en la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos

en otro idioma incluyen ocasionalmente investigaciones comparativas sobre derecho laboral en inglés.

Las asociaciones profesionales han desempeñado un papel importante en encender y mantener viva la llama del derecho laboral comparado. La Asociación Internacional de Legislación Laboral, fundada en 1900, se basó en conferencias anteriores⁹⁹. Hoy en día, los grupos mundiales más importantes son la Sociedad Internacional de Derecho Laboral y Seguridad Social y la Asociación Internacional de Relaciones Laborales y Empleo, que convocan periódicamente conferencias regionales y mundiales, junto con la iniciativa más reciente, la Red de Investigación sobre Derecho Laboral, que es el motor de una conferencia académica que se celebra cada dos años. A nivel regional, la Red Europea de Derecho Laboral asesora a la Comisión Europea y está publicando una reformulación del derecho laboral europeo. Además, la colaboración entre universidades de todo el mundo se produce a través de redes ad hoc en torno a temas definidos. En algunos países, como Australia, Canadá, Francia, Alemania, Nueva Zelanda, los países nórdicos, Sudáfrica y Estados Unidos, las asociaciones profesionales de abogados y/o juristas también desempeñan un papel notable en la promoción del trabajo sobre derecho laboral comparado.

Bajo los auspicios de la OIT, los jueces de los tribunales laborales de los países europeos han intercambiado experiencias durante muchos años, y el Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín (Italia) organiza sesiones de capacitación en las que participan principalmente jueces del Sur y de países en transición. La Secretaría de la Commonwealth también reúne a jueces de sus países miembros. El intercambio de ideas se refleja a veces en los informes de esas reuniones, así como en las referencias a la jurisprudencia de otras jurisdicciones en las decisiones judiciales.

fundamentales en el trabajo (libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, y la eliminación del trabajo forzoso, el trabajo infantil y la discriminación en el empleo y la ocupación). (Nota del editor: Se agrega en el 2022 “un entorno de trabajo seguro y saludable”)

99 Neal *Óp. Cit.*, 166.

Dado que el ámbito de aplicación del derecho laboral ya no se limita a las instituciones nacionales, el comparativismo en este campo se ha ampliado considerablemente. Debe tener en cuenta tanto los regímenes normativos estatales como los no estatales. Esto implica necesariamente recurrir a una gama de fuentes mucho más amplia que en el pasado, como ilustran los artículos “Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of Comparative Labor Law” de Arthurs¹⁰⁰; “Social Regionalism in Better Work Haiti” de Blackett¹⁰¹; “Codes of Conduct: The Trojan Horse of International Human Rights Law?” de Blecher¹⁰²; el mencionado artículo de Compa y Vogt; y “The Evolution of Labour Law: Calibrating and Comparing Regulatory Regimes” de Deakin, Lele y Siems¹⁰³.

2. Métodos: una visión general

Salvo algunas excepciones, los investigadores en derecho laboral comparado no se han detenido mucho en los métodos o la metodología. Aparte de una cita casi ritualista de las advertencias de Kahn-Freund sobre el derecho laboral comparado, la mayoría de los autores no parecen muy perturbados por los debates teóricos que tienen lugar en el derecho comparado en general¹⁰⁴. Simplemente se lanzan de cabeza, a veces aterrizando en terreno fértil, pero en ocasiones también empantanándose en la comparación de fenómenos que no pueden compararse de manera útil. El derecho laboral comparado incluye implícitamente un conjunto de variables no jurídicas que están vinculadas al sistema económico y de relaciones laborales, y a su fortaleza o debilidad, en un país concreto. Reflejando

-
- 100 Harry W. Arthurs (2007), ‘Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of Comparative Labor Law,’ *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 28 (3), 591–612.
- 101 Adelle Blackett (2015), ‘Social Regionalism in Better Work Haiti’, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 31 (2), 163–185.
- 102 Lara Blecher (2017), ‘Codes of Conduct: The Trojan Horse of International Human Rights Law?’, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 38 (3), 437–476.
- 103 Cfr. Simon Deakin, Priya Lele and Mathias Siems (2007), “Evolución del Derecho Laboral Análisis comparado de algunos regímenes. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol., 126, Nos. 3–4, septiembre, 133–162.
- 104 Por ejemplos de tal debate, véase MAURICE ADAMS, JAAKO HUSA & MARIEKE ODERKERK, eds., *COMPARATIVE LAW METHODOLOGY*, 2 vols (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2017), y Smits, *Op. Cit.*

esto, Marshall y Deakin han propuesto un conjunto de criterios para analizar las condiciones del mercado laboral y el contexto institucional en el que se produce la reforma del derecho laboral¹⁰⁵.

Al preguntar «¿En comparación con qué?», Arthurs ha dado en el clavo. ¿Estamos comparando manzanas con naranjas (una noción que se expresa de manera muy diferente en otros idiomas) o manzanas con manzanas? La primera expresión describe el hecho de tomar una cosa por otra. Pero incluso esas «diferencias» pueden revelar una estructura subyacente para abordar los problemas, aunque los desencadenantes y las trayectorias para ello puedan ser muy diferentes. El artículo de Fenwick y Kalula¹⁰⁶ que compara las experiencias de Asia Oriental y África Meridional, demuestra este punto. Del mismo modo, un examen de los esfuerzos de reforma de la legislación laboral emprendidos por Brasil, China, India y Sudáfrica muestra una serie de puntos en común a la hora de abordar las demandas contrapuestas de una mayor flexibilidad y un mayor respeto de los derechos laborales¹⁰⁷.

Al mismo tiempo, comparar manzanas con manzanas puede ser engañosamente sencillo, ya que oculta importantes matices históricos, culturales o jurídicos¹⁰⁸. Muchos autores advierten contra las descripciones de fenómenos que pueden ser comparables o no, y contra el uso de palabras que pueden tener o no un significado equivalente o suficientemente similar. El trabajo sobre la legislación en materia de igualdad ilustra esto, donde la legislación contra la discriminación parece similar en apariencia, pero en realidad se traduce en paradigmas diferentes: uno de daltonismo y otro de conciencia de la diferencia¹⁰⁹. En

105 Checklist for Developing and Reforming Development Friendly Labour Market Regulation, Appendix to Marshall, in Marshall and Fenwick, *Óp. Cit.*, 318–20.

106 Fenwick y Kalula (2005). *Óp. Cit.*

107 Sean Cooney, Darcy du Toit, Roberto Fraghale, Roger Ronnie and Kamala Sankaran, Building BRICS of Success? in Finkin & Mundlak, *Óp. Cit.*, 440–73.

108 Véase, por ejemplo, Teubner, *óp. cit.*, y por una reflexión anterior, véase Johannes Schregele, Comparative Industrial Relations: Pitfalls and Potential, 120(1) REVISTA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1981) 15–30.

109 Kevin Banks, Roberta Nunin & Adriana Topo, The Lasting Influence of Legal Origins: Workplace Discrimination, Social Inclusion and the Law in Canada, the United States and the European Union, en Finkin and Mundlak, *Óp. Cit.*, 220–67 [Banks, Nunin and Topo]. También véase Carlson, *Óp. Cit.*

este caso, el trabajo realizado sobre el papel del lenguaje en el derecho comparado puede ayudar a evitar conclusiones engañosas¹¹⁰. A veces es la relación con otros conceptos jurídicos lo que aclara una idea concreta, como la discriminación indirecta, en su contexto¹¹¹.

Si bien el derecho laboral comparado no siempre presenta una metodología explícita, sí muestra una fórmula. El enfoque más común del derecho laboral comparado ha sido, con diferencia, la presentación de una serie de descripciones o análisis específicos de cada país en relación con una cuestión definida. Un resumen, normalmente breve, destaca los puntos en común y las divergencias. Es habitual advertir sobre los límites de la comparación. En el mejor de los casos, los análisis por países se han estructurado en torno a un conjunto predeterminado de preguntas o puntos. Para que se ajusten a la realidad, las cuestiones importantes deberían haberse identificado y desarrollado desde una perspectiva transnacional que tenga en cuenta las opiniones de los actores del mercado laboral. Aun así, algunos aspectos serán más pertinentes en un país concreto que en otros.

El derecho laboral comparado se presta a enfoques interdisciplinarios. Además del vínculo tradicional con las relaciones industriales o laborales, la literatura sobre derecho y economía revela un gran interés por medir el impacto de la legislación laboral. Lamentablemente, gran parte de este trabajo no ha sido interdisciplinario, sino que se ha llevado a cabo íntegramente desde una perspectiva económica, sin tener en cuenta importantes distinciones en las que insiste el derecho laboral comparado. Por otra parte, el impulso de los economistas finalmente hizo que los abogados laboristas se dieran cuenta de la creciente importancia de la llamada economía informal, o sector informal, para el derecho laboral, y los economistas institucionales comprendieran la importancia de las instituciones colectivas.

110 Véase, por ejemplo, S.I. STRONG; KATIA FACH GÓMEZ & LAURA CABALLO PIÑEIRO, *COMPARATIVE LAW FOR SPANISH-ENGLISH SPEAKING LAWYERS: LEGAL CULTURES, LEGAL TERMS AND LEGAL PRACTICES* (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2017).

111 Véase, por ejemplo, Hugh Collins & Tarunabh Khaitan, eds, *FOUNDATIONS OF INDIRECT DISCRIMINATION LAW* (London: Hart, 2018).

Otras expresiones importantes de la interdisciplinariedad en el derecho laboral comparado se observan en relación con los estudios de género, los estudios sobre migración y otras áreas. Los estudios interdisciplinarios sólidos en derecho laboral comparado se basan en los conocimientos especializados de cada uno de los campos involucrados. A la luz de las complejidades que plantean la globalización y las múltiples fuentes de las normas del derecho laboral, Rittich y Mundlak han sugerido que «abordar más comparadores y hacerlo de formas más complejas y variadas promete ser un ejercicio tan útil —si no más— para el derecho laboral como la comparación entre Estados nacionales»¹¹².

3. Un giro hacia el empirismo

La tendencia generalizada en el análisis jurídico a basarse en mayor medida en pruebas empíricas (especialmente en el sentido de datos numéricos) se ha extendido al derecho laboral comparado. A medida que se acercaba el siglo XXI, los economistas comenzaron a mostrar un gran interés por el derecho, buscando fórmulas para el desarrollo económico en determinados sistemas jurídicos y la desregulación o re-regulación del mercado laboral. Llegaron a la conclusión de que el origen jurídico (principalmente el derecho anglosajón frente al derecho civil) era un fuerte indicador de los resultados del mercado laboral, y se mostraron a favor del menor nivel de protección de los trabajadores que encontraron en las jurisdicciones de derecho anglosajón¹¹³. Los juristas han puesto en duda estos resultados, señalando deficiencias metodológicas, codificación sesgada y fallos teóricos, como analiza el artículo “The Regulation of Labour and the Relevance of Legal Origin” de Pozen^{114 115}. Como ha señalado Deakin, «en economía... ha

112 Rittich & Mundlak, *Óp. Cit.*, 111.

113 Juan Botero, Simeon Djankov, Rafael Porta, F.C. Lopez de Silanes y Andrei Schleifer, The Regulation of Labour, 119(4) QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS (2004) 1339–82. A pesar de las críticas metodológicas, Botero y colaboradores han continuado intentando cuantificar el efecto de las leyes en el conjunto de datos del Proyecto de Justicia Mundial, que incluye algunos sub factores fusionados bajo el epígrafe «derechos fundamentales» del Índice de Estado de Derecho. Es poco probable que los resultados aporten información significativa sobre cuestiones tan complejas como la libertad de asociación, el trabajo forzoso o la eliminación de la discriminación laboral.

114 David E. Pozen (2006), ‘The Regulation of Labour and the Relevance of Legal Origin’, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 28 (1), 43–55.

115 También véase Beth Ahlring & Simon Deakin, Labour Regulation, Corporate Governance, and Legal Origin: A Case of Institutional Complementarity? 41(4) LAW & SOCIETY REVIEW (2007) 865–908 [Ahlring & Deakin]; Simon Deakin, Jonas Malmberg & Prabirjit Sarkar (2014).

habido una tendencia a atribuir efectos sociales y económicos a las normas del derecho laboral como si se aplicaran por sí solas...»¹¹⁶, lo cual claramente no es el caso. Compartiendo las críticas a la tesis de los «orígenes jurídicos», algunos académicos han propuesto una explicación alternativa que utiliza las «variedades del capitalismo» para ayudar a explicar los diferentes resultados¹¹⁷.

Deakin, Lele y Siems¹¹⁸ han rebatido de manera similar las afirmaciones de que los orígenes jurídicos de las regulaciones laborales nacionales son determinantes para la eficiencia de las normas de gobernanza de las empresas. Consideran que los trabajos empíricos en los que se basan tales conclusiones son reduccionistas y engañosos. Han ido un paso más allá creando su propio conjunto de datos. Su trabajo va más allá del debate académico, ya que el Banco Mundial ha dado considerable credibilidad al enfoque de los orígenes jurídicos como parte de su crítica a las regulaciones laborales que considera excesivamente rígidas. Pero, como demuestran Ahlering y Deakin, «no existe una base sólida para el argumento de que el derecho consuetudinario sea más propicio para el crecimiento económico que el derecho civil, ni en el mundo desarrollado ni en el mundo en desarrollo; tampoco puede explicarse la diversidad de resultados por el peso relativo de la jurisprudencia y la legislación como modos de regulación en determinados sistemas jurídicos»¹¹⁹. La realidad es considerablemente más compleja.

Como han advertido Cooney et al., basarse en la cultura como causa explicativa de las diferencias jurídicas es igualmente problemático. Como ejemplo, citan la supuesta reticencia de los japoneses a litigar. Aunque esto se ha atribuido a menudo a la cultura, podría reflejar simplemente la frustración con

“Legislación laboral, participación salarial y desempleo en seis países de la OCDE entre 1970 y 2010”. En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 133, No. 1, 1–27.

116 Simon Deakin, Labour and Employment Laws, in THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH (Peter Cane & Herbert M. Kritzer, eds, Oxford: Oxford University Press, 2010) 308–30, at 309.

117 Véase Bonfanti et al., *Óp. Cit.*

118 Cfr. Deakin, Lele y Siemen (2007) *Óp. Cit.*

119 Ahlering & Deakin, *Óp. Cit.*, 868.

la accesibilidad y la eficiencia del sistema judicial¹²⁰. No se trata de descartar la cultura, sino de definirla con más cuidado, por ejemplo, haciendo referencia a las tradiciones indígenas de resolución de conflictos que aún pueden prevalecer en el ámbito laboral. El derecho laboral comparado tendría más éxito en la consecución de sus objetivos si fuera más metódico e inclusivo. El género es un aspecto importante en este sentido, asimismo, la raza, la etnia, la religión, la discapacidad o la edad (así como su intersección) pueden estar presentes a la luz de las persistentes desigualdades en el mercado laboral¹²¹.

El derecho laboral comparado se nutre de intercambios académicos y proyectos colaborativos que requieren recursos propios. En un contexto de escasa financiación institucional, combinar ambos no es fácil. Neal advierte sobre la «tentación de emprender investigaciones aparentemente “comparativas” a partir de fuentes de segunda mano, lingüísticamente no originales o basadas en Internet»¹²², lo que podría dar lugar a suposiciones inadecuadas. Sus reflexiones recuerdan a las de Summers, quien criticó duramente el «turismo» del derecho laboral. La investigación empírica original puede ser costosa y llevar mucho tiempo, incluso cuando los datos están disponibles y son fiables, pero puede resultar mucho más convincente que un análisis puramente textual. Varios es-

120 SEAN COONEY, T. LINDSEY, R. MITCHELL & Y. ZHU, eds, *LAW AND LABOUR MARKET REGULATION IN EAST ASIA* (London: Routledge, 2002), 17.

121 Múltiples fuentes, incluidas la OIT y la OCDE, confirman estas desigualdades. Véase también, por ejemplo, Carlson, op. cit.; Jennifer Zimbhoff, Cultural Differences in Perceptions of and Responses to Sexual Harassment, 14 *DUKE JOURNAL OF GENDER LAW AND POLICY* (2007) 1311–41; Loic Lerouge & Camille Hébert, The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law, 35(1) *COMPARATIVE LABOUR LAW AND POLICY JOURNAL* (2013) 93–122; Erica Howard, Race and Racism – Why Does European Law Have Difficulties with Definitions? 4(1) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2008) 5–29; DAGMAR SCHIEK & VICTORIA CHEGE, *EUROPEAN NON-DISCRIMINATION LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES ON MULTIDIMENSIONAL EQUALITY LAW* (London: Routledge/Cavendish, 2009); Katarina Linos, Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union, 35(1) *YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* (2010) 115–69; MARIE MERCAT-BRUNS, *DISCRIMINATION AT WORK: COMPARING EUROPEAN, FRENCH AND AMERICAN LAW* (Berkeley, CA: University of California Press, 2016); C. Hießl & G. Boot, The Application of the EU Framework for Disability Discrimination in 18 European Countries, 4(2) *EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL* (2013) 119–34; Mark Harcourt, Adrian Wilkinson & Geoffrey Wood, The Effects of Anti-Age Discrimination Legislation: A Comparative Analysis, 26(4) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2010) 447–65.

122 Neal (2015). *Op. Cit.* 164.

tudios recientes lo ilustran¹²³, aunque existe el peligro de confiar excesivamente en indicadores que pueden contener distorsiones.

V. EJES DE COMPARACIÓN: TERRITORIOS Y TEMAS

1. Territorios seleccionados

Tradicionalmente, el derecho laboral comparado ha analizado dos o más jurisdicciones en relación con un tema concreto. Aunque el derecho nacional ha perdido parte de su poder explicativo a raíz de la globalización, sigue siendo el más accesible para los académicos. Persiste como la «norma jurídica» para las cuestiones laborales, a pesar del serio debate sobre las tendencias hacia enfoques de derecho indicativo. A falta de una alternativa, las jurisdicciones políticas como lugares de regulación laboral seguirán atrayendo la atención de los comparativistas en el ámbito laboral.

La gran mayoría de los trabajos en inglés se centran en países o subdivisiones de estados federales donde prevalece ese idioma. Por lo tanto, el Reino Unido, Sudáfrica y estados federales como Australia, Canadá y Estados Unidos, y en menor medida Irlanda, Nueva Zelanda y los países del Caribe anglófono, suelen ser elegidos para la comparación. Una selección de entre ellos llenaría un libro completo.

El auge económico y político de países como China, India e Indonesia ha llevado a los estudiosos occidentales a profundizar en la evolución de sus legislaciones laborales. En su artículo “The Evolution of Labor Law in Three Asian Nations: An Introductory Comparative Study”, Cooney, Mahy, Mitchell

123 Por ejemplo, Axel Marx, Jadir Soares & Wouter van Acker, The Protection of International Labour Rights: A Longitudinal Analysis of the Protection of the Rights of Freedom of Association and Collective Bargaining over 30 years in 73 countries, in GLOBAL GOVERNANCE OF LABOUR RIGHTS: ASSESSING THE EFFECTIVENESS OF TRANSNATIONAL PUBLIC AND PRIVATE POLICY INITIATIVES (Axel Marx, Jan Wouters, Glenn Tayp & Laura Beke, eds, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015) 13–41 [Marx et. al.]; Simon Deakin, Labour Law and Development in the Long Run, in Marshall & Fenwick, op. cit., 33–59; LIZZIE BARMES, BULLYING AND BEHAVIOURAL CONFLICT AT WORK: THE DUALITY OF INDIVIDUAL RIGHTS (Oxford: Oxford University Press, 2015); AMY LUDLOW & ALYSIA BLACKHAM, eds, NEW FRONTIERS IN EMPIRICAL LABOUR LAW RESEARCH (London: Hart, 2015).

y Mahan¹²⁴ concluyen que, si bien los orígenes jurídicos y las influencias internacionales han influido en cierta medida, cada uno de los tres países ha llevado a cabo de forma independiente una reestructuración fundamental. La petición de los autores de «un marco de investigación mucho más sólido en materia de legislación laboral, basado en la comprensión de la economía política y las condiciones sociales de los Estados nacionales pertinentes» se aplica mucho más allá de esta región.

Fenwick y Kalula¹²⁵ comparan el enfoque adoptado por algunos países asiáticos con el de los países del sur de África. Encuentran similitudes significativas en cuanto a la historia colonial, las influencias internacionales y el impacto limitado de la legislación en el funcionamiento de los mercados laborales. Pero también hay diferencias evidentes, especialmente en lo que se refiere a los marcos normativos de la integración económica y las experiencias con la migración laboral.

En el artículo “Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining, and Strikes”, Fudge¹²⁶ aborda la cuestión de la relación entre los derechos laborales y los derechos humanos. Contrasta el uso que hacen los tribunales canadienses de la Carta de Derechos y Libertades, con una dependencia a veces errática, pero en general creciente a lo largo del tiempo, de los convenios de la OIT, y la experiencia con diversos instrumentos europeos de derechos humanos y sociales. Aunque de forma un tanto aleatoria, todos ellos han hecho referencia cada vez más a los convenios y principios de la OIT a lo largo del tiempo. La complicación en Europa ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha defendido las libertades económicas por encima de los derechos laborales fundamentales¹²⁷. Fudge advierte que, si bien los tribunales son fundamentales para la protección

124 Sean Cooney, Petra Mahy, Richard Mitchell and Peter Gahan (2014), ‘The Evolution of Labor Law in Three Asian Nations: An Introductory Comparative Study’, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 36 (1), 23–68.

125 Fenwick y Kalula (2005). *Óp. Cit.*

126 Judy Fudge (2015), ‘Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining, and Strikes’, *Current Legal Problems*, 68 (1), January, 267–305.

127 MARK R. FREEDLAND & JEREMIAS PRASSL, eds, *VIKING, LAVAL AND BEYOND* (London: Hart, 2016).

constitucional de los derechos laborales, su papel cada vez más importante refleja la disminución de la legitimidad del poder constituyente y la acción democrática. Esto se hace eco de conclusiones similares de du Toit en su comparación del tratamiento de la acción afirmativa o positiva por parte del TJUE y el Tribunal Constitucional de Sudáfrica¹²⁸.

En cuanto a América Latina, Bronstein en su artículo “Labour Law in Latin America: Some Recent (and not so recent) Trends”¹²⁹ ofrece un panorama de la evolución durante un período de 25 años en varios países de la región, reflejando tanto la influencia de las políticas neoliberales como el retorno a la democracia. Señala la reducción del alcance de la legislación laboral a la luz del aumento de la economía informal y la disminución de la representación sindical en la región¹³⁰. Una descripción más reciente de la legislación laboral en las Américas, realizada por Bensusán, destaca el papel que ha desempeñado la regulación laboral en la lucha contra la desigualdad a lo largo del tiempo¹³¹. Sin embargo, estas visiones generales siguen siendo relativamente poco frecuentes en las revistas especializadas, ya que la mayoría de los autores se ciñen a un número reducido de jurisdicciones para realizar sus comparaciones.

Forlivesi, Rota y Tullini¹³² analizan la legislación europea, así como la legislación nacional de Francia, Italia y España. Estos autores destacan la importancia de las formas de protección colectiva para hacer frente a las nuevas formas de empleo en las que las plataformas digitales permiten relaciones laborales multilaterales. Los autores sostienen que la forma en que los diferentes sistemas constitucionales reconocen la libertad de asociación y los derechos de

128 du Toit, *Óp. Cit.*; también véase Claire Kilpatrick, Gender Equality: A Fundamental Dialogue, in Sciarra, *Óp. Cit.*, 31–131.

129 Arturo Bronstein (2010), ‘Labour Law in Latin America: Some Recent (and not so recent) Trends’, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 26 (1), 17–41.

130 También véase Vega Ruíz, *op. cit.*, para una revisión de la reforma de las leyes laborales tanto individuales como colectivas.

131 Graciela Bensusán, Labour law, Inclusive Development and Equality in Latin America, in Marshall & Fenwick, *op. cit.*, 162–206; Graciela Bensusán, Legislation and Labor Policy in Latin America: Crisis, Renovation and Restoration, 34(3) *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL* (2013) 655–96. También véase Vega Ruíz, *Óp. Cit.*

132 Cfr. Donini, Forlivesi, Rota y Tullini (2017). *Óp. Cit.*

negociación colectiva puede ser clave para superar la posición contractualmente débil de los trabajadores autónomos.

Esta conclusión coincide con la de muchos otros autores sobre la naturaleza fundamental de la representación colectiva.

2. Temas seleccionados para la comparación

La variedad de temas que aborda el derecho laboral comparado es enorme. Existen temas recurrentes, como la libertad de asociación, la lucha contra la discriminación, la salud y la seguridad en el trabajo, el cobro de salarios y el despido injustificado, y algunas cuestiones de interés más reciente, desde el trabajo temporal hasta la privatización de la resolución de conflictos. Asimismo, otras cuestiones importantes son los marcos para la migración laboral, el aumento del uso de prácticas y pasantías, las leyes sobre el salario mínimo, las horas de trabajo, la participación de los empleados, la conciliación de la vida laboral y familiar, la protección de la privacidad de los trabajadores, ciertos aspectos de la resolución de conflictos y los pactos de no competencia firmados por antiguos empleados¹³³.

El derecho laboral tradicional parte de la empresa, tema que aborda Morin¹³⁴, sirve para recordar que otras áreas del derecho, como la contratación

133 Algunos ejemplos, véase Annika Rosin & Merle Muda, *Labour Law Status of a Trainee: The Estonian Situation with Comparative Insights from Finland, France and the United States*, 4(4) *EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL* (2013) 292–312; Rosemary Owens & Andrew Stewart (2016). “La proliferación de las pasantías y el reto de reglamentar en favor de una experiencia laboral decente”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 135, No. 4, 697–710; Maite Blázquez Cuesta & Nuria Elena Ramos Martín, *Part-time Employment: A Comparative Analysis of Spain and the Netherlands*, 28(3) *EUROPEAN JOURNAL OF LAW & ECONOMICS* (2009) 223–56; William Van Caenegem, *Employee Know-How, Non-compete Clauses and Job Mobility Across Civil and Common Law Systems*, 29(2) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2013) 219–38.

134 Marie-Laure Morin (2005). “Derecho Laboral y nuevas formas de organización empresarial”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 144, No1, septiembre, 5-30.

pública¹³⁵ o incluso el derecho de familia¹³⁶, pueden ser fundamentales para el desarrollo práctico del derecho laboral. El artículo recoge temas que atraviesan tendencias más amplias hacia la transparencia y la participación, como la información, la consulta y la participación de los trabajadores¹³⁷.

A medida que el empleo clásico a tiempo completo se va erosionando, la atención se ha centrado en los intentos de ofrecer protección a quienes quedan fuera de él. El artículo “Vulnerable Workers, Precarious Work and Justifications for Labour Law: A Comparative Study” de Rodgers¹³⁸ examina tres intentos de regulación del derecho laboral para los trabajadores vulnerables, contrastando los enfoques probados en el Reino Unido, a nivel de la UE y dentro de la OIT¹³⁹. Esta orientación teórica del derecho laboral comparado también sugiere áreas para futuros trabajos empíricos.

En el artículo “Collective Bargaining Beyond the Boundaries of Employment: A Comparative Analysis”, McCrystal¹⁴⁰ también ha mirado «más allá de

- 135 Véase también Catherine Barnard, *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, 46(2) *INDUSTRIAL LAW JOURNAL* (2017) 208–44; MARIA ANNA CORVAGLIA, *PUBLIC PROCUREMENT AND LABOUR RIGHTS* (London: Hart, 2017); ILO, *GENERAL SURVEY CONCERNING THE LABOUR CLAUSES (PUBLIC CONTRACTS) CONVENTION*, 1949 (No. 94) AND RECOMMENDATION (No. 84), International Labour Conference, 97th Session, 2008); Niklas Bruun, Antoine Jacobs & Marlene Schmidt, *ILO Convention 94 in the Aftermath of the Rüffert Case*, 16(4) *TRANSFER: EUROPEAN REVIEW OF LABOUR AND RESEARCH* (2016) 473–88.
- 136 JOANNE CONAGHAN y KERRY RITTICH, eds., *DERECHO LABORAL, TRABAJO Y FAMILIA: PERSPECTIVAS CRÍTICAS Y COMPARATIVAS* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Teklè también explora la interacción del derecho laboral con el derecho de familia, en el que la participación de las mujeres en el mercado laboral puede verse explícitamente restringida o desincentivada de facto. Teklè, op. cit., 39–42.
- 137 También véase Tiziano Treu, *Workers Participation in the Firm: Trends and Insights*, in *ENTERPRISE AND SOCIAL RIGHTS* (Adalberto Perulli & Tiziano Treu, eds, London: Wolters Kluwer, 2017); Achim Seifert, *Global Employee Information and Consultation Procedures in Worldwide Enterprises*, 24(3) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2008) 327–48.
- 138 Lisa Rodgers (2012), ‘Vulnerable Workers, Precarious Work and Justifications for Labour Law: A Comparative Study’, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 1 (3–4), November, 87–113.
- 139 También véase Claire La Hovary, *The Informal Economy and the ILO: A Legal Perspective*, 30(4) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2014) 391–411.
- 140 Shae McCrystal (2014), ‘Collective Bargaining Beyond the Boundaries of Employment: A Comparative Analysis’, *Melbourne University Law Review*, 37 (3), 662–698.

los límites del empleo» en relación con una cuestión fundamental del derecho laboral: la negociación colectiva. Este artículo examina cómo Australia y Canadá han abordado la cuestión de los trabajadores autónomos. Tras desarrollar una tipología de modelos normativos, identifica sus puntos fuertes y débiles desde la perspectiva de garantizar los derechos de negociación colectiva de los trabajadores. Fudge¹⁴¹ por su parte explora los vínculos entre la libertad de asociación y dicha acción colectiva, y Morin también destaca cómo interactúan la estructura de la empresa y los niveles de negociación colectiva. No es de extrañar que los derechos colectivos hayan sido un tema frecuente en el derecho laboral comparado¹⁴². Como señaló Hepple, «el elemento crucial en la elaboración de las leyes laborales es el poder»¹⁴³.

Gran parte del derecho laboral comparado se ocupa de cómo interactúan las personas con el mercado laboral. Centrándose específicamente en la igualdad salarial, el artículo “Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women’s Work” de Cornish¹⁴⁴ analiza los enfoques de varias jurisdicciones, utilizando las normas internacionales como punto de partida. Esto la lleva a sugerir que un modelo que incluya la evaluación de los puestos de trabajo mediante un diagnóstico no discriminatorio, acompañado de un plan de acción con plazos concretos, ofrece las mejores posibilidades de avanzar hacia la igualdad salarial. Destacando la preocupación del derecho laboral comparado por la aplicación de la ley, se pregunta por qué el cumplimiento ha sido tan difícil de alcanzar. Sin duda, una de las razones radica en los problemas estructurales inherentes a los mercados laborales.

141 Cfr. Fudge (2015). *Óp. Cit.*

142 También véase BERND WAAS, ed., *THE RIGHT TO STRIKE: A COMPARATIVE VIEW* (London: Wolters Kluwer, 2014); Breen Creighton & Shae McCrystal, *Strike Ballots and the Law in Comparative Perspective*, 29(2) *AUSTRALIAN JOURNAL OF LABOUR LAW* (2016) 121–32; Joanna Unterschütz, *Strike and Remedies for Unlawful Strike in the Legal Systems of Poland, Hungary and Slovakia*, 30(3) *INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2014) 319–38; Sylvie Laulom & Antonio Lo Faro, *Remedies for Unlawful Collective Action in France, Belgium, Italy and Spain*, 30 *INTERNATIONAL JOURNAL OF LABOUR LAW & INDUSTRIAL RELATIONS* (2014) 273–91; Mario E. Ackerman, *The Right to Strike in Essential Services in MERCOSUR countries*, 133(3) *REVISTA INTERNACIONAL DEL TRABAJO* (1994) 385–400; Dorssemont & van Hoek, *Óp. Cit.*

143 Hepple, *Óp. Cit.*, 257.

144 Mary Cornish (2007), ‘Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women’s Work’, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 28 (2), 219–249.

Además de los motivos de discriminación mencionados anteriormente, los estudiosos del derecho laboral comparado han centrado su atención en la situación migratoria, como ilustra el artículo “Models of Protection of the Right of Irregular Immigrants to Back Pay: The Impact of the Interconnection Between Immigration Law and Labour Law” de Dewhurst¹⁴⁵. Este se centra en una cuestión de interés práctico para los migrantes irregulares y las familias que dependen de sus salarios: ¿cómo pueden acceder al pago de los salarios atrasados que se les adeudan? El autor identifica tres enfoques: «no protección», «protección con consecuencias» (como la expulsión del país) y «protección total», que garantiza no solo el derecho a los salarios atrasados, sino también la protección durante el proceso de reivindicación de este derecho. El artículo pone de manifiesto la profunda y problemática desconexión entre el derecho laboral y el derecho de inmigración, y expone algunos de los mecanismos y doctrinas jurídicos que podrían emplearse para salvar esa brecha.

Otro dilema recurrente para el derecho laboral ha sido cómo proteger la salud de los trabajadores en el trabajo. El reflexivo artículo “Preventive Health at Work: A Comparative Approach” de Suk¹⁴⁶ explora los regímenes de derecho laboral fundamentalmente diferentes que tienen consecuencias significativas para la búsqueda de la seguridad y la salud en el trabajo en Francia y Estados Unidos. Destaca un aspecto a menudo ignorado de la atención sanitaria preventiva en Europa: la integración de la medicina preventiva en las protecciones del derecho laboral. El artículo expone las diferencias en la condición y las funciones de los médicos en ambos sistemas y concluye que, aunque se puede aprender mucho del ejemplo europeo, su trasplante al otro lado del Atlántico probablemente fracasaría.

A veces denominada «pena capital laboral», la rescisión del contrato de trabajo, ya sea que involucre a muchos trabajadores por motivos económicos o individuales, sigue siendo un tema clave en el derecho laboral comparado. En su análisis del despido improcedente, el artículo “Intermediate Approaches to

145 Elaine Dewhurst (2013), ‘Models of Protection of the Right of Irregular Immigrants to Back Pay: The Impact of the Interconnection Between Immigration Law and Labour Law’, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 35 (2), 217–246.

146 Julie C. Suk (2011), ‘Preventive Health at Work: A Comparative Approach’, *American Journal of Comparative Law*, 59 (4), October, 1089–1134.

Unfair Dismissal Protection” de Guy Davidov y Edo Eshet¹⁴⁷ se inspira en un nuevo enfoque: un sistema de flexiguridad en el que el Estado ofrece mayor seguridad, una norma de seguridad laboral por defecto impulsada por regulaciones de derecho indicativo, la prohibición de despidos por mala fe y un sistema basado en sólidas garantías procesales para asegurar la existencia de una causa justa. Su estudio, basado en la experiencia y las percepciones de Israel y el Reino Unido, aboga por un equilibrio entre la necesidad de seguridad de los empleados y el deseo de flexibilidad de los empleadores.

El artículo sobre el despido “Privatization of Wrongful Dismissal Protection in Comparative Perspective” de Finkin¹⁴⁸, ilustra lo que podría denominarse, en derecho internacional, el «excepcionalismo estadounidense»¹⁴⁹. Finkin se centra en el razonamiento judicial que aceptó la privatización de la protección contra el despido improcedente, lo que privó a los asalariados de las garantías legales contra la arbitrariedad del empleador. Finkin contrasta este resultado de la legislación laboral en Estados Unidos con lo que sería aceptable en Francia, Alemania o el Reino Unido, y se pregunta si el origen legal, el poder político o la decisión pública podrían explicar la diferencia. Su perspicaz reflexión sobre los diferentes regímenes concluye que la falta de intervención legislativa en cuestiones laborales ha dejado el campo de acción en su país en manos de los tribunales. Como se analiza más adelante, las decisiones judiciales son solo uno de los enfoques del análisis comparativista de la aplicación de la legislación laboral.

3. Búsqueda de la aplicación de los derechos laborales

Los derechos laborales pueden estar enunciados o implícitos en los contratos de trabajo u otros contratos laborales (orales o escritos), las normas y códigos de conducta de la empresa, los convenios colectivos, los acuerdos marco internacionales, la legislación, las decisiones judiciales y los laudos arbitrales.

147 Guy Davidov and Edo Eshet (2015), ‘Intermediate Approaches to Unfair Dismissal Protection’, *Industrial Law Journal*, 44 (2), May, 167–193.

148 Matthew W. Finkin (2008), ‘Privatization of Wrongful Dismissal Protection in Comparative Perspective’, *Industrial Law Journal*, 37 (2), June, 149–168.

149 Esto se refiere a la creencia de que Estados Unidos es único con respecto a sus ideas de democracia y libertad personal, lo que aparentemente explica su fracaso en observar ciertas normas del derecho de gentes.

La reivindicación de estos derechos es el primer paso para la aplicación de la legislación laboral. Si un trabajador está representado por un sindicato, su influencia puede ser determinante para presentar reclamaciones individuales o colectivas. Cuando las partes no pueden resolver un desacuerdo por sí mismas, instituciones como las administraciones/organismos laborales y las inspecciones de trabajo pueden desempeñar un papel importante¹⁵⁰. Con la expansión de las cadenas de valor globalizadas, la atención también se ha centrado en aprovechar los acuerdos comerciales, las iniciativas de responsabilidad social corporativa y el poder del consumidor para mejorar la aplicación¹⁵¹. Los ejemplos solo ofrecen una muestra del tipo de mecanismos —públicos, privados e híbridos— a los que puede recurrir el derecho laboral comparado para buscar un mayor respeto de los derechos laborales¹⁵². También se han planteado nuevas ideas, como la creación de una inspección de trabajo transnacional¹⁵³.

En el artículo “La inspección del trabajo en la China contemporánea: no exactamente el modelo anglosajón”, Zhuang y Ngok¹⁵⁴ reflexionan sobre la aplicación estatal de las leyes a través de la administración y la inspección del trabajo¹⁵⁵. Estas funciones estatales también han atraído la atención de eco-

150 Véase en general Berg y Kucera, *Óp. Cit.*

151 Véase, por ejemplo, sobre comercio, Jean-Michel Servais (1989). “Las cláusulas sociales en los tratados de comercio: ¿pretensión ilusoria o instrumento de progreso social? En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 108, No. 4423–432, y HENNER GÖTT, ed., *LABOUR STANDARDS IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW* (Springer, 2018); sobre RSE, L. BLECHER, N. KAYMAR STAFFORD y G.C. BELLAMY, eds., *CORPORATE RESPONSIBILITY FOR HUMAN RIGHTS IMPACTS* (Chicago: American Bar Association, 2014); sobre el poder del consumidor, p. ej., Nazli Aghazadeh, *Promoting Labour Standards in Global Supply Chains Through Consumers’ Choice: Is Social Labelling Effective?* (Promoción de estándares laborales en cadenas de suministro globales a través de la elección de los consumidores: ¿es efectivo el etiquetado social?), en Gött, *Óp. Cit.*, 381, 355–78.

152 Véase Jonas Malmberg, *Enforcement of Labour Law*, in Hepple and Veneziani, *Óp. Cit.*, 263–86.

153 También véase M.A. García Muñoz, Beryl ter Haar & A. Kun, *Independent Monitoring of Private Transnational Regulation of Labour Standards: A Proposal for a ‘Transnational Labour Inspectorate’*, in *THE TRANSNATIONAL DIMENSION OF LABOUR RELATIONS: A NEW ORDER IN THE MAKING* (Edoardo Ales & Iacopo Senatori, eds, Giappichelli, 2013) 254–90.

154 Wenjia Zhuang and Kinglun Ngok (2014), ‘La inspección del trabajo en la China contemporánea: no exactamente el modelo anglosajón’, En: *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 153 No. 4, diciembre, 561–585.

155 Para poner su artículo en contexto, véase, por ejemplo, RONALD C. BROWN, *UNDERSTANDING LABOR AND EMPLOYMENT LAW IN CHINA* (Cambridge: University Press, 2010).

nomistas y politólogos, como Locke, Piore y Schrank en los últimos años¹⁵⁶. Los autores atribuyen las dificultades encontradas en la aplicación de las leyes laborales en China a un modelo híbrido de inspección del trabajo que se basa a la vez en la orientación política china (reformas neoliberales en un régimen político comunista) y en una tradición anglosajona caracterizada por la fragmentación y las prácticas regulatorias reactivas centradas en las quejas. Detectan un «cambio mundial del modelo anglosajón de inspección laboral hacia modelos más proactivos que concilian mejor la regulación laboral con la flexibilidad económica»¹⁵⁷. La considerable discreción otorgada a los inspectores bajo el modelo franco-ibérico ha recibido elogios recientes¹⁵⁸. Bajo ambos enfoques, se aboga por una mayor participación de los representantes (independientes) de los trabajadores¹⁵⁹.

El artículo “The Brazilian and Italian Labour Courts: Comparative Notes” de Teixeira da Silva¹⁶⁰ aborda una característica única del derecho laboral comparado: en algunos países, su aplicación y desarrollo jurisprudencial recaen en gran medida en la jurisdicción de tribunales especializados¹⁶¹. Su perspectiva es histórica y examina cómo han funcionado las instituciones en Brasil e Italia a lo largo del tiempo. Estos reflejan los significados diferenciados que se les otorgan, en particular por parte de los trabajadores, a pesar de los fundamentos ideológicos corporativistas compartidos de los dos sistemas judiciales laborales. Su ensayo también se basa en experiencias en otros países, como la del arbitraje obligatorio en el régimen australiano. Nos recuerda la importancia del contexto histórico de la creación y el desarrollo de las instituciones jurídicas en el ámbito laboral. En su obra pionera sobre la India, Sankaran ha señalado la judicializa-

156 Cfr. Richard Locke, Michael J. Piore & Andrew Schrank (2008), “Gestión de la flexibilidad e inspección del trabajo en el mundo latino”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 147 No. 11–23.

157 Zhuang & Ngok (2014). *Óp. Cit.*

158 Labor Inspection and Wage Theft: The Franco-Iberian Model, *Papers in Honor of François Gaudi*, 37(2) *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL* (2016) 249–406.

159 Glenn Rayp, Axel Marx & Jan Wouters, Conclusion: Which Way to Enforcement, in Marx et al., *Óp. Cit.*, 314.

160 Fernando Teixeira da Silva (2010), ‘The Brazilian and Italian Labour Courts: Comparative Notes’, *International Review of Social History*, 55 (3), 381–412.

161 Por ejemplo, Takashi Araki, New Forms of Dispute Resolution: Japan’s Labour Tribunal System, in Stone & Arthurs, *Óp. Cit.*, 174–93; Bamu & Mudarikwa, *Óp. Cit.*; Thomas et al., *Óp. Cit.*

ción de las disputas y los agravios en ese país como un obstáculo para acercar las economías formales e informales¹⁶². Fenwick también ha advertido que las soluciones que a veces se proponen para mejorar la aplicación de la legislación laboral «suponen niveles de capacidad estatal que a menudo pueden no estar presentes en la práctica»¹⁶³.

La decepción con el desempeño de las autoridades laborales formó parte del contexto de las grandes esperanzas depositadas en el derecho indicativo y en los medios privados para mejorar las condiciones laborales, desde el recurso a los Puntos Nacionales de Contacto en el marco de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales hasta los mecanismos de resolución de disputas en las cadenas de suministro de las corporaciones multinacionales¹⁶⁴ (otro impulso importante fue la tendencia a una menor participación gubernamental, denunciada por Supiot y otros). Y, como han demostrado varios autores¹⁶⁵, el funcionamiento de los códigos de conducta privados es notablemente limitado, una opinión compartida por Blecher¹⁶⁶. El artículo de Blecher analiza cómo estas iniciativas voluntarias se enfrentan a una creciente presión para hacerse legalmente exigibles. El difícil proceso de transición de las responsabilidades de las empresas en virtud de las Directrices voluntarias de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos a un tratado vinculante ilustra este punto. Las características únicas del derecho laboral dificultan la aplicación seria de la

162 Kamala Sankaran, *Labour Law in South Asia: The Need for an Inclusive Approach*, in Teklè, *Óp. Cit.*, 225–60, at 251–52.

163 Fenwick, in Marshall & Fenwick, *Óp. Cit.*, 282.

164 Para algunos ejemplos, véase BARBARA J. FINK, *RESEARCH COLLECTION ON INTERNATIONAL LABOUR LAW* (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015), Part III; see also Roel Nieuwenkamp's blog at friendsoftheoecdguidelines.wordpress.com.

165 Por ejemplo, DANIEL BERLINER, ANNE REGAN GREENLEAF, MILLI LAKE, MARGARET LEVI & JENNIFER NOVECK, *LABOR STANDARDS IN INTERNATIONAL SUPPLY CHAINS: ALIGNING RIGHTS AND INCENTIVES* (Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015); RICHARD M. LOCKE, *THE PROMISE AND LIMITS OF PRIVATE POWER: PROMOTING LABOR STANDARDS IN A GLOBAL ECONOMY* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

166 Blecher (2017). *Óp. Cit.*

debida diligencia¹⁶⁷ y plantean desafíos para los derechos humanos en relación con los derechos laborales¹⁶⁸.

La inclusión de cláusulas laborales en los acuerdos comerciales también ha sido muy prometedora para una mayor aplicación de la legislación laboral, aunque se han suscitado algunas dudas al respecto¹⁶⁹. Compa y Vogt¹⁷⁰ examinan con lupa en su artículo la cláusula de derechos laborales del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP). Tras rastrear una historia legislativa marcada por el activismo social, examinan la aplicación del SGP en Estados Unidos durante un período de 20 años. Presentan seis estudios de caso detallados sobre Bielorrusia, Chile, Guatemala, Indonesia, Malasia y Pakistán. Si bien reconocen las críticas al régimen unilateral del SGP, lo consideran un medio para frenar las violaciones de los derechos de los trabajadores y prevenir la competencia desleal.

El artículo de Blackett sobre un «regionalismo social emergente»¹⁷¹ se centra en cómo los acuerdos comerciales preferenciales han creado un espacio de diálogo para superar los desafíos al trabajo decente en el sector textil de Camboya y Haití. El artículo se centra en el experimento «Better Work» iniciado por la OIT con la Corporación Financiera Internacional¹⁷². El componente de reforma de la legislación laboral del programa proporciona medios para «elaborar soluciones

167 Anne Trebilcock, Due Diligence on Labour Issues – Opportunities and Limits of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, in Blackett & Trebilcock, *Óp. Cit.*, 93–107; Bellace & ter Haar, *Óp. Cit.*

168 Sobre el debate sobre los derechos laborales y los derechos humanos, véase, por ejemplo, Fenwick y Novitz, *Óp. Cit.*; Kevin Kolben, Labor Rights as Human Rights, 50 VIRGINIA INTERNATIONAL JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2010) 449-484; Virginia Mantouvalou, Are Labour Rights Human Rights?, 3(2) EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL (2012) 151-72.

169 James J. Brudney, The Internationalization of Sources of Labor Law, 39:1 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2017) 1–71.

170 Cfr. Compa y Vogt (2001). *Óp. Cit.*

171 Cfr. Blackett (2015). *Óp. Cit.*

172 También véase the Better Work Discussion Paper Series, www.betterwork.org; Janelle Diller, Pluralism and Privatization in Transnational Labour Regulation, in Blackett & Trebilcock, *op. cit.*, at 335; Beryl ter Haar & Maarten Keune, One Step Forward or More Window-Dressing? A Legal Analysis of Recent CSR Initiatives in the Garment Industry in Bangladesh, 30: 1. INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (2014) 5–25; y Günseli Berik & Yana van der Meulen Rodgers, Options for Enforcing Labour Standards: Lessons from Bangladesh and Cambodia, 22(1) JOURNAL OF INTERNATIONAL DEVELOPMENT (2010) 56–85.

que medien la relación entre lo social y lo económico»¹⁷³. Este ensayo ilustra un punto planteado por Arthurs: que el derecho laboral siempre ha sido una excepción en su reconocimiento de otros sistemas normativos¹⁷⁴. La búsqueda de mecanismos de aplicación más eficaces constituye otro ejemplo, lo que lleva a algunos autores a proponer una mayor regulación conjunta entre actores estatales y no estatales¹⁷⁵.

VI. COMENTARIOS FINALES

El derecho laboral comparado, consciente de sus dificultades tradicionales, se enfrenta ahora a nuevos desafíos derivados de la economía informal y de plataformas, la creciente informalidad y la reducción del papel del Estado. Estos se superponen a las preocupaciones clásicas del derecho laboral con la representación colectiva, los derechos individuales en el trabajo y los medios para promover la equidad y la inclusión. ¿Cómo puede el derecho laboral comparado afrontar estos desafíos combinados? Se puede esperar que prevalezca la visión optimista de Neal: «...lejos de seguir adelante, como una especie en peligro de extinción, la disciplina moderna del derecho laboral comparado está afrontando verdadera y exitosamente los dramáticos desafíos del siglo XXI con el vigor y el espíritu de un “niño del renacimiento”»¹⁷⁶. Para demostrar que esto es correcto, quienes se dedican al derecho laboral comparado deberán continuar explorando su alcance más amplio y multidimensional, emplear una metodología explícita y buscar enfoques más inclusivos. Esto, a su vez, se basará en recurrir a un conjunto ampliado de fuentes y a un trabajo empírico y teórico más interdisciplinario.

Como en cualquier campo, los puntos de partida de la investigación pueden diferir. Para algunos, «el derecho laboral, como campo aspiracional, no se limita a reflejar el orden establecido, sino que busca moldear la realidad mediante la regulación social...»¹⁷⁷. Otros argumentan que el derecho laboral «debe reconocer

173 Blackett (2015). *Óp. Cit.* 154.

174 Cfr. Arthurs (2007). *Óp. Cit.*

175 Kolben, in Marshall and Fenwick, *Óp. Cit.*

176 Schiek (2017). *Óp. Cit.* 174.

177 Neal (2015). *Óp. Cit.* 174.

que la normatividad se ve moldeada por fuerzas sociales, y no a la inversa»¹⁷⁸. El derecho laboral comparado siempre ha sido objeto de debate, y esta loable característica del campo promete persistir.

178 Arthurs (2007). *Óp. Cit.* 607.

COYUNTURA

Aspectos laborales del Acuerdo de Comercio entre la Unión Europea y el MERCOSUR

Labour aspects of the EU-MERCOSUR Trade Agreement

ALEJANDRO CASTELLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de la República, Uruguay
Correo electrónico: Acastello.abogado@gmail.com
Código ORCID: 0009-0008-4482-5967

RESUMEN: El artículo analiza la dimensión sociolaboral del 2026, centrándose particularmente en el contenido del Capítulo 18 del Acuerdo Interino de Comercio, cuyo proceso de ratificaciones comenzó en enero de 2026. El autor explica que los acuerdos de libre comercio contemporáneos suelen incorporar cláusulas laborales con el objetivo de evitar el denominado *dumping social* y asegurar que la apertura comercial no se base en la reducción de derechos laborales. En ese sentido, el acuerdo entre ambos bloques reconoce la soberanía de los Estados para establecer su propia legislación laboral, pero condiciona dicha autonomía al respeto de los estándares internacionales del trabajo, especialmente los principios y derechos fundamentales establecidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como la libertad sindical, la negociación colectiva, la prohibición del trabajo forzoso, la erradicación del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo. Asimismo, el estudio examina los principales compromisos laborales previstos en el acuerdo: la prohibición de debilitar las normas laborales con el fin de fomentar el comercio o atraer inversiones, la obligación de promover y aplicar las normas internacionales del trabajo, el impulso de prácticas de responsabilidad social empresarial y la gestión responsable de las cadenas de suministro. El capítulo también prevé mecanismos de cooperación entre los Estados y un sistema de solución de controversias basado en el diálogo, las consultas y la intervención de grupos de expertos. Sin embargo, el autor destaca que estas disposiciones tienen un carácter relativamente limitado, ya que no contemplan sanciones comerciales ni mecanismos formales de participación de los actores sociales, lo que refleja un modelo menos exigente que el adoptado en algunos tratados de libre comercio celebrados por otros países.

ABSTRACT: The article analyses the socio-labour dimension of the Free Trade Agreement between the European Union and MERCOSUR, focusing in particular on the content of Chapter 18 of the Interim Trade Agreement, whose ratification process began in January 2026. The author explains that contemporary free trade agreements often include labour clauses with the aim of preventing so-called *social dumping* and ensuring that trade liberalisation is not based on the erosion of labour rights. In this regard, the agreement between the two blocs recognises the sovereignty of states to establish their own labour legislation, but makes such autonomy conditional upon respect for international labour standards, particularly the fundamental principles and rights established by the International Labour Organisation (ILO), such as freedom of association, collective

bargaining, the prohibition of forced labour, the eradication of child labour and the elimination of discrimination in employment. Furthermore, the study examines the main labour commitments set out in the agreement: the prohibition on weakening labour standards to promote trade or attract investment; the obligation to promote and apply international labour standards; the promotion of corporate social responsibility practices; and the responsible management of supply chains. The chapter also provides for cooperation mechanisms between states and a dispute settlement system based on dialogue, consultations and the involvement of expert panels. However, the author highlights that these provisions are relatively limited in scope, as they do not include trade sanctions or formal mechanisms for the participation of social partners, reflecting a less stringent model than that adopted in some free trade agreements concluded by other countries

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, Mercosur, Acuerdos de Libre Comercio, dumping social, cláusula social.

KEYWORDS: European Union, Mercosur, Free Trade Agreements, social dumping, social clause.

SUMARIO: I. Introducción. II. Dimensión socio laboral en los tratados de libre comercio: la inclusión de “capítulos” sociolaborales. III. Contenido del capítulo laboral (capítulo 18) del acuerdo interino de comercio. 1. *Aspectos generales*. 2. *Derecho a establecer sus propias normas, siempre que sean compatibles con el Trabajo Decente y los Derechos fundamentales*. 3. *Compromiso de no hacer dumping social*. 4. *Compromiso de aplicar las Normas Internacionales sobre Derechos fundamentales en el trabajo*. 5. *Gestión responsable de las cadenas de suministro*. 6. *Cooperación*. 7. *Solución de controversias*. IV. Comentarios finales.

I. INTRODUCCIÓN

La integración económica entre los países busca unir sus mercados para mejorar las oportunidades de negocios de las empresas y aumentar los niveles de empleo para los habitantes. La integración se puede expresar a través de mecanismos e intensidades diferentes. Los menos pretensiosos son los que buscan establecen una *zona de preferencia arancelaria* entre los países, como es el caso, por ejemplo, de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) donde solamente se estipula un arancel para el comercio entre los países de la región, que es más bajo que el que se aplica para extrazona.

El escalón siguiente es la *zona de libre comercio*, que supone un programa de liberalización de las restricciones comerciales entre los países, que consagra el libre tránsito de mercaderías (arancel cero). Son muchos los ejemplos de tratados de libre comercio (TLC): Chile-Estados Unidos; Perú-Estados Unidos; T-MEC entre México, Estados Unidos y Canadá; Unión Europea y Japón; Unión Europea y Canadá, etc.

Cuando los Estados quieren profundizar sus lazos de integración más allá de la zona de libre comercio, establecen un Mercado Común que es un sistema que se basa en la libertad de tránsito de mercaderías, servicios y trabajadores, así como en la coordinación de políticas públicas de los Estados que se integran (fiscal, educativa, científica, laboral, etc.). Hasta el presente la única región del mundo que ha logrado este grado de integración es la Unión Europea.

En América del Sur existen varias experiencias de integración económica, siendo las tres más importantes la ALADI, de las que son miembros todos los países de esa región; la Comunidad Andina, integrada actualmente por Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia; el MERCOSUR, integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (Venezuela tiene su membresía suspendida desde el año 2016).

Con la intención de continuar ampliando los flujos comerciales y mejorar la inserción económica a nivel mundial, el MERCOSUR negoció en bloque con la Unión Europea durante tres décadas un Acuerdo de liberalización del comercio y de cooperación en diversas áreas (política, científica, etc.), que se signó por los representantes de estos dos grandes bloques el 17 de enero de 2026 en la ciudad de Asunción. El Acuerdo abarca más de 700 millones de personas y aproximadamente el 20% del PBI mundial y busca establecer una zona de libre comercio.

El Acuerdo se instrumenta a través de dos documentos: a) el Acuerdo de Comercio Interino (en adelante ITA) y b) el Acuerdo de Asociación (en adelante EMPA). El primero regula cuestiones comerciales como, por ejemplo, el comercio de mercaderías, reglas de origen, medidas sanitarias y fitosanitarias, comercio de servicios, compras gubernamentales, propiedad intelectual, política

de competencia, etc. El segundo establece una agenda política y de cooperación entre los dos bloques en áreas de interés común. Ambos documentos reconocen el rol clave de las pequeñas y medianas empresas para el comercio, el empleo y la innovación, comprometiéndose a apoyar su desarrollo.

El ITA prevé una eliminación progresiva del universo arancelario en etapas de 4, 7 y 10 años, que comenzará recién cuando se culmine un largo y complejo proceso de ratificaciones que comenzó en enero de 2026 y se espera culminar en 18 a 24 meses.

En efecto, para la entrada en vigor del ITA se requiere la ratificación del Parlamento de todos los países integrantes del MERCOSUR (a fines de febrero de 2026 fue ratificado por Argentina y Uruguay), así como también de los órganos de dirección de la Unión Europea, incluyendo el Parlamento comunitario.

Justamente, este órgano resolvió en el mes de enero de 2026, apenas suscrito el Acuerdo, remitir los documentos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que evalúe su compatibilidad con los tratados de la Unión.

En cierto modo esa decisión responde a la exigencia que han planteado productores agropecuarios de la UE, los cuales consideran que este tratado de libre comercio puede generarles perjuicios para sus emprendimientos ya que -en teoría- los productos de MERCOSUR se producen con menores costos y por ende pueden desplazar el mercado comunitario a los lácteos, la carne, las frutas y otros bienes agropecuarios.

Para la entrada en vigor del EMPA se requiere, además, la ratificación de cada Estado miembro de la Unión Europea, lo que dificultará y prolongará aun **más la aplicación de este instrumento.**

Siguiendo una práctica actualmente consolidada a partir de múltiples Tratados de Libre Comercio celebrados por Estados Unidos en las últimas décadas, sobre todo a partir de la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) del año 1993 (continuado luego por los TLC celebrados con Chile, Perú, Colombia, América Central, etc.), si bien el centro

de los acuerdos es la regulación del comercio entre los países, se incluye en todos ellos un *capítulo laboral y medio ambiental* que busca evitar el dumping social, laboral y medioambiental.

Precisamente, el Acuerdo MERCOSUR – UE contiene un Capítulo (que lleva el número 18) que establece algunos principios y reglas que deben observar los países en materia laboral y medio ambiental para el desarrollo sostenible del comercio y la inversión.

Cuando se celebró el Tratado constitutivo del MERCOSUR en el año 1991, se omitió todo tipo de consideración y regulación en materia laboral y medioambiental, lo que fue muy criticado por la doctrina¹. Era un tratado típica y exclusivamente arancelario y la dimensión socio laboral estaba ausente, por lo que se tuvo que ir construyendo a partir de decisiones de sus órganos (el Consejo y el Grupo Mercado Común) y de instrumentos complementarios (por ejemplo, el Protocolo de Ouro Preto que instituyó el Foro Consultivo Económico y Social con participación de los actores sociales).

El Acuerdo MERCOSUR-UE prevé desde el inicio la regulación de la dimensión sociolaboral, pero veremos que es escueta y limitada porque solo establece algunos principios y lineamientos sobre la calidad de la legislación interna de cada país, consagra el clásico compromiso de no hacer dumping sociolaboral y ambiental y el deber de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores universalmente reconocidos, sin contemplar espacios formales para la participación de los actores sociales, así como tampoco instancias de denuncia o protesta de las organizaciones sindicales, empresariales, ONGs, etc. o la aplicación de sanciones si un Estado no cumple con los estándares laborales y medioambientales.

En este punto el Acuerdo MERCOSUR-UE se aleja del modelo típico de capítulo laboral que se ha consagrado en los Tratados de Libre Comercio celebrados por Estados Unidos en las últimas tres décadas, que contiene reglas

1 ERMIDA URIARTE, Oscar; *Mercosur y derecho laboral*. FCU, Montevideo, 1994, p. 59 y ss.

y pautas más precisas en orden a lograr el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Probablemente la regulación menos intensa y ambiciosa que se establece en el Acuerdo MERCOSUR-UE, obedezca a que la calidad de las normas y los estándares laborales de los países miembros de estos dos sistemas de integración sean superiores al promedio mundial, lo que disminuye el temor a que se establezcan prácticas de dumping social que distorsionen el libre comercio.

Seguidamente analizaremos los principales lineamientos del Capítulo 18 del Acuerdo Interino de Comercio.

II. DIMENSIÓN SOCIO LABORAL EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO: LA INCLUSIÓN DE “CAPÍTULOS” SOCIOLABORALES

En la actualidad, es indiscutible la necesidad y justificación de utilizar instrumentos internacionales (convenios, tratados, pactos, protocolos, cartas sociales, recomendaciones, declaraciones, etc.) y supranacionales (por ejemplo, fuentes de Derecho derivado como los Reglamentos y las Directivas en la Unión Europea) para regular las condiciones de trabajo y empleo a nivel universal y de ese modo mejorar la calidad de vida de los trabajadores y evitar el *dumping social*.

Esa necesidad abarca también los tratados de integración económica y comercial de alcance regional. Es que, existe evidencia empírica de que si no se adoptan instrumentos que fijen un “piso o umbral mínimo” de derechos laborales y sociales, aquellos países que posee normas y condiciones socio-laborales más elevadas se encontrarían en una situación potencialmente desventajosa respecto de los países con los cuales se integran y poseen estándares menores, lo que en definitiva redundaría en perjuicio de los propios trabajadores que se verían privados de obtener nuevos beneficios sociales y laborales o ver directamente disminuidos o eliminados los ya conseguidos².

2 CHARNOVITZ, S.; “La influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial: Resumen histórico”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 107, No. 1, 1988, p. 75.

Fue previendo esa situación que el propio preámbulo de la Constitución de la OIT estableció en 1919 que *“si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”*, lo que justifica entonces que la regulación de las condiciones de trabajo y empleo recurra a mecanismos internacionales de diversa índole³ que propicien el progreso de la protección laboral y social⁴.

Algunos de esos mecanismos son la inclusión de **cláusulas sociales**⁵ en los Tratados de Libre Comercio, que generalmente se instrumentan como un Capítulo, Anexo o acuerdo complementario del propio Tratado comercial⁶.

Enseña Plá Rodríguez que las cláusulas sociales son aquellas *“que fijan normas mínimas o equitativas de trabajo, como condición para beneficiarse de las ventajas que surgen de esos tratados”*⁷.

La mayoría de los tratados de libre comercio que se han celebrado en las últimas décadas incluyen cláusulas sociales que exigen a los Estados otorgantes que respeten los Convenios de OIT que reconocen libertades y derechos fundamentales⁸.

3 RASO DELGUE explica que además de los mecanismos tradicionales de regulación directa de los derechos laborales, tales como los Pactos, Tratados, normas de la OIT, etc., han aparecido nuevas formas de regulación indirecta, como son los códigos de conducta de las empresas multinacionales, el etiquetado social, las inversiones sociales responsables, la negociación colectiva supranacional, entre otros: *“La dimensión social de la globalización: entre cláusulas sociales y declaraciones.”*. En: Revista Derecho Laboral, tomo XLIII, No. 198, abril junio 2000, Montevideo, p. 388 y ss.

4 Véase más ampliamente: PLA RODRIGUEZ, A.; *Los Convenios Internacionales del Trabajo*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo 1965, p. 24.

5 Normalmente, la cláusula social supone el establecimiento de estándares mínimos de orden laboral (por ejemplo, la ratificación en común de una serie de convenios internacionales del trabajo) que deben ser observados por todos los países pactantes, bajo pena de sanción -generalmente arancelaria- en caso de incumplimiento.

6 BABACE, H. *“Cláusulas sociales”* en rev. Derecho Laboral, tomo XLIII, N° 198, abril junio 2000, Montevideo, p. 301 y ss.

7 PLA RODRIGUEZ, A.; *“Cláusulas sociales en los acuerdos internacionales sobre comercio”* en Globalización, integración, dumping social y cláusulas sociales, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho del Trabajo, Caracas 1998, p. 89 y ss.

8 BRONSTEIN, A., *Derecho internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales*. OIT, Ginebra,

En tal sentido, Diego López señala que “desde la entrada en vigor de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1998⁹, los acuerdos comerciales adoptados en América han incorporado expresamente el catálogo de derechos recogidos en ella, reconociendo que son imprescindibles para garantizar el comercio leal. Pero, además, han recogido otros derechos laborales, que también se consideran importantes para tutelar la lealtad del intercambio comercial”¹⁰.

Marc Siroen explica que pueden distinguirse cuatro objetivos principales que subyacen a la inclusión de cláusulas laborales en los TLC: 1) defender un “comercio leal”; 2) evitar los posibles efectos no deseados de la apertura comercial en el empleo y el desarrollo sostenible; 3) hacer respetar valores universales e internacionales reconocidos; y 4) promover el trabajo decente y el desarrollo sostenible¹¹.

En grandes líneas puede afirmarse que el temor al dumping social es el motivo más importante que lleva a los países que se integran a buscar mecanismos que impidan que se adopten medidas para atraer inversiones mediante la reducción de los estándares laborales, sociales y medioambientales¹².

2010, p. 11

- 9 Esta Declaración adoptada en la 86ª reunión en Ginebra, en junio de 1998, establece como convenios fundamentales los siguientes: 87 y 88, sobre la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; 100 y 111, sobre la igualdad de remuneración y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; 29 y 105, sobre la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; y 13 y 8, sobre la abolición efectiva del trabajo infantil. Todo país miembro de la OIT está obligado a respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a derechos fundamentales reconocidos por estos convenios. Esta Declaración fue actualizada en el año 2022, con la inclusión del derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable, como derecho fundamental de los trabajadores, elevando a los Convenios internacionales núm. 155 y 187 sobre seguridad y salud en el trabajo como instrumentos de máxima jerarquía.
- 10 LOPEZ, D. “Derechos laborales y acuerdos de libre comercio” en Nueva Sociedad, No. 202, Revista de la CEPAL, Santiago de Chile, 2005, p. 46-47.
- 11 SIROEN, J-M.; “Disposiciones laborales en los tratados de libre comercio: balance y perspectivas” en Revista Internacional del Trabajo, vol. 132 (2013), núm. 1, OIT, Ginebra, p. 110.
- 12 BABACE, H. *Derecho de la integración y relaciones laborales*, 3era. Edición actualizada y ampliada, FCU, Montevideo, 2015, p. 129.

Ese objetivo está subyacente en el Capítulo 18 del Acuerdo Interino de Comercio, cuando establece que el desarrollo sostenible en las relaciones comerciales y la inversión entre la Unión Europea y el Mercosur solo puede lograrse si reconocen que la dimensión económica, social y medioambiental “son interdependientes y se refuerzan mutuamente” (art. 18.1.3) y por ello las Partes promoverán (art. 18.1.4) los siguientes objetivos:

- a) El desarrollo de relaciones comerciales y económicas de manera que contribuya al objetivo de alcanzar objetivos de desarrollo sostenible,
- b) El respeto de los compromisos multilaterales en los ámbitos laborales y medioambientales, y,
- c) La mejora de la cooperación y la comprensión de sus respectivas políticas y medidas laborales y medioambientales.

III. CONTENIDO DEL CAPÍTULO LABORAL (CAPÍTULO 18) DEL ACUERDO INTERINO DE COMERCIO

1. Aspectos generales

Ningún Tratado de Libre Comercio ha establecido hasta el presente la unificación total de la normativa laboral de los países que se integran. Las diferencias en los niveles de desarrollo económico, social, cultural, político, científico, etc. así como las distintas visiones y tradiciones de los países en materia religiosa, filosófica, ideológica, etc. hacen muy difícil y compleja la consagración de estándares laborales comunes, detallados, precisos y concretos.

Lo habitual es que los TLC reconozcan el derecho de cada país de establecer sus propias normas internas (consagrando así el concepto de soberanía normativa interna de los Estados), pero simultáneamente establezcan compromisos, instrumentos y mecanismos tendientes a que las partes dicten normas que reflejen los derechos humanos laborales reconocidos internacionalmente.

La primera experiencia internacional en esta materia fue el Acuerdo Complementario Laboral que se suscribió junto al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) en el año 1992, que celebraron Canadá, Estados Unidos y México.

Ese instrumento condicionaba el acceso a los beneficios arancelarios del TLC, a que cada país hiciese un *cumplimiento efectivo* de la normativa laboral interna¹³. Con ello los Estados Unidos perseguían evitar la competencia desleal de México a través del “dumping social”, o sea, rebajando los costos laborales artificialmente para obtener mejores posibilidades de competir y atraer inversiones estadounidenses.

En esa dirección, el Acuerdo Complementario laboral del NAFTA establecía en su art. 2° que cada una de las Partes garantizaba que sus leyes y reglamentos laborales debían prever altas normas laborales congruentes con lugares de trabajo de alta calidad y productividad y continuarían esforzándose por mejorar dichas normas en ese contexto.

A su vez, el art. 3 establecía que cada Parte debería promover la observancia de su legislación laboral y la aplicación efectiva a través de medidas gubernamentales adecuadas. De ese modo, el Acuerdo funcionaba como una “cláusula social”, con la particularidad de que la obligación que adquirirían los Estados no se refería al cumplimiento de normas mínimas comunes o internacionales, sino a las normas definidas por cada legislación interna¹⁴.

Con el objetivo de que las partes cumpliesen efectivamente con las obligaciones asumidas, el Acuerdo instituía una serie de mecanismos y medidas que en lo sustancial se circunscribían a promover el nombramiento y capacitación de inspectores del trabajo; alentar el establecimiento de comisiones internas obrero patronales en las empresas; proveer y alentar el uso de servicios de mediación, conciliación y arbitraje; adecuar los procedimientos judiciales para agilizarlos; y difundir información relativa a la legislación laboral interna. Además, si un país incumplía de manera persistente las normas internas sobre trabajo de menores, seguridad e higiene o los salarios mínimos, se tratase de un incumplimiento persistente, que involucrase una norma vigente en los tres países y que su vio-

13 Véase: CASTELLO, A.; “*Acuerdo de libre comercio de América del Norte*” en Derecho de la integración y relaciones laborales. 2ª edición, Héctor Babace (director), FCU, Montevideo, 2004, p. 74-79.

14 APARICIO VALDEZ, L.; “Integración, comercio internacional y Derecho del Trabajo en América” in Evolución del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Montevideo 1997, p. 58.

lación generase ventajas comerciales indebidas, se podía activar un mecanismo de solución de controversias que podía, inclusive, llegar hasta la aplicación de multas al país incumplidor¹⁵.

El NAFTA fue sustituido el 30 de noviembre de 2018 por el T-MEC y comenzó a regir en julio de 2020. En su capítulo 23, que es casi idéntico al capítulo laboral de los TLC celebrados por Estados Unidos con Chile, Perú, Colombia, Centro América, entre otros, se reafirman los compromisos asumidos por las Partes en el marco de la Declaración de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, y se garantiza la efectiva implementación de los derechos laborales fundamentales en la legislación de cada Parte¹⁶.

El Capítulo 18 del Acuerdo Interino de Comercio entre UE y el Mercosur sigue ese criterio que se ha venido consolidando en los TLC celebrados en las últimas décadas, de utilizar como parámetro y objetivo a seguir los derechos fundamentales reconocidos por la OIT.

En efecto, el documento establece expresamente que los principios y acciones en materia laboral que se incluyen en el Capítulo 18 son aquellos contenidos en el Programa de Trabajo Decente de la OIT, que se expresan en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa.

De ese modo, queda evidenciado que para la UE y el Mercosur la integración económica es interdependiente con la dimensión social y medioambiental y que el desarrollo solo será sostenible si se basa en políticas de cada bloque y sus Estados parte, que respeten el programa de Trabajo Decente.

15 REYNOSO CASTILLO, C.; *“Nuevas normas laborales internacionales, experiencia mejicana en la globalización”*, publicado en IV Congreso regional americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo II, Santiago de Chile, 1998, p. 108 y ss.

16 Más ampliamente: CASTELLO, A.; *“Capítulo laboral del nuevo Tratado de Libre Comercio de América del Norte”* en revista Derecho Laboral, tomo LXIV, No. 281, enero-marzo 2021, p. 35 y ss.

Presentamos a continuación los diferentes compromisos y deberes asumidos por los Estados en el Capítulo 18 en materia laboral (excluimos de nuestro análisis a los aspectos medioambientales).

2. Derecho a establecer sus propias normas, siempre que sean compatibles con el Trabajo Decente y los Derechos fundamentales

En primer lugar, el artículo 18.2 del Capítulo laboral del Acuerdo Interino de Comercio contiene uno de los compromisos más importantes que asumen los bloques y sus Estados parte en materia laboral: el respeto del trabajo decente y los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por un lado, se reconoce el derecho de cada Estado de determinar sus políticas y prioridades sobre desarrollo sostenible, así como la potestad para establecer “los niveles internos de protección medioambiental y laboral que considere adecuados y adoptar o modificar sus disposiciones legislativas y reglamentarias y sus políticas” (18.2.1).

Esta disposición es muy similar a la que se recoge en la mayoría de los capítulos laborales de los TLC, que consiste en el reconocimiento de la soberanía de los Estados para determinar su propia normativa laboral y medioambiental. El documento disipa toda duda acerca de que no se van a establecer condiciones de trabajo y empleo comunes entre los países y los dos bloques, manteniéndose el derecho de los Estados de dictar sus propias regulaciones internas en materia laboral.

Por otro lado, se establece el límite de esa libertad normativa (art. 18.2.1): “tales niveles, disposiciones legislativas y reglamentarias y políticas serán compatibles con los compromisos de las Partes con los acuerdos internacionales y las normas laborales a que se refieren los artículos 18.4 y 18.5”.

¿Cuáles son los instrumentos, estándares laborales y niveles de protección internacionales que deben respetar los países?

El artículo 18.4 dispone que los Estados deben aplicar normas y políticas que incluyan “estándares laborales básicos y altos niveles de protección laboral” que respeten los Convenios y protocolos de OIT ratificados por los Estados de la UE y el Mercosur, así como también la Declaración de la OIT sobre Derechos Fundamentales en el trabajo de 1998.

El documento recuerda que estos derechos fundamentales que deberán observarse por los países son:

- a) La libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva,
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio,
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil,
- d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

El art. 18.4 del Capítulo 18 no hace referencia al derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable, incluido en el año 2022 en la Declaración sobre Derechos Fundamentales. Si embargo, debería entenderse que este derecho también está incluido en el alcance de los compromisos de los Estados, porque las actualizaciones y modificaciones de los instrumentos de derechos humanos forman parte de los principios de progresividad e irreductibilidad con los que se interpretan y aplican.

3. Compromiso de no hacer dumping social

En segundo lugar, el Capítulo 18 establece el compromiso de abstenerse de llevar adelante políticas de dumping social en el comercio entre los dos bloques.

El dumping social es una de las justificaciones políticas y comerciales que mueve a los Estados para la regulación de la dimensión laboral y medioambiental en el marco de la integración económica regional. Más allá de la loable aspiración de los Gobiernos de que las cláusulas sociales ayuden a mejorar los niveles de vida de los trabajadores, lo cierto es que el temor a que un Estado reduzca artificialmente sus estándares laborales para atraer inversiones es lo que ha motivado (sobre todo los Gobiernos de los países centrales) que se implementen

medidas para vincular el acceso a las ventajas arancelarias con el respeto de los derechos fundamentales y el trabajo decente.

Esa idea está consagrada expresamente en el artículo 18.2.3 cuando establece que “ninguna de las partes deberá debilitar los niveles de protección otorgados en sus disposiciones legislativas y reglamentarias en materia medioambiental o laboral con la intención de fomentar el comercio o la inversión”

Con más énfasis aún el artículo 18.2.4 dispone que “Las partes no establecerán dispensas ni excepciones, ni ofrecerán establecer dispensas ni excepciones, de sus disposiciones legislativas y reglamentarias en materia medioambiental o laboral con el fin de fomentar el comercio o la inversión”.

Asimismo, el artículo 18.2.5 establece que “Una parte no dejará, a través de un curso de acción o inacción sostenida o recurrente, de aplicar efectivamente sus disposiciones legislativas y reglamentarias en materia medioambiental o laboral con el objetivo de fomentar el comercio o la inversión”.

214

Para limitar aún más las posibilidades de que un Estado realice prácticas de dumping social, el artículo 18.2.6 dispone que “Una parte no aplicará sus disposiciones legislativas y reglamentarias en materia medioambiental y laboral de manera que constituya una restricción encubierta del comercio o una discriminación injustificable y arbitraria”.

Estos compromisos, que están contemplados en el Capítulo laboral de la mayoría de los TLC celebrados en el siglo XXI, sirven para estimular una competencia comercial entre países basada en la innovación, la mejora tecnológica, la formación y capacitación de los trabajadores y las ventajas comparativas naturales y no artificiales, así como tampoco en el desconocimiento o empeoramiento de la legislación social.

En cierta manera, los deberes indicados ponen un claro límite a la soberanía de los Estados y su potestad de dictar sus propias normas, en la medida en que ellas no pueden desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores y el trabajo decente (art. 18.2) ni tampoco desarticular sus protecciones.

El Capítulo 18 del Acuerdo Interino de Comercio significa entonces en un freno a los intentos de establecer reformas laborales que puedan ser desregulatorias. Los Estados pueden modificar o derogar normas laborales u omitir su aplicación, siempre que ello no constituya una medida tendiente a fomentar el dumping social. En tal sentido, es importante resaltar que el art. 18.2.5 incluye como práctica inhibida no solo a las acciones estatales sino también a la “inacción sostenida o recurrente” de aplicar efectivamente las disposiciones legales o reglamentarias.

4. Compromiso de aplicar las Normas Internacionales sobre Derechos fundamentales en el trabajo

En tercer lugar, en el artículo 18.4 se establece el compromiso de los Estados de promover y aplicar los Convenios y Protocolos de OIT ratificados por los Estados del Mercosur y de la UE, lo que incluye la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998.

Ese deber no se limita a los instrumentos de OIT ya ratificados y vigentes en los países, sino también a los convenios y protocolos de la OIT que aun no se hayan ratificado (art. 18.4.4).

Además, los Estados se comprometen a promover el trabajo decente, tal como se define en la Declaración de OIT sobre justicia social para una globalización equitativa, lo que supone ampliar la agenda de temas y normas laborales que deben ser observadas.

En ese sentido, el art. 18.4.8 establece que los Estados deben desarrollar políticas de respeto de la seguridad y salud en el trabajo, condiciones de trabajo decentes, inspección laboral, no discriminación y procedimientos administrativos y judiciales accesibles y eficaces para la protección de los derechos laborales.

5. Gestión responsable de las cadenas de suministro

En cuarto lugar, el art. 18.11 recoge un compromiso novedoso para los capítulos laborales de los TLC. En efecto, se establece el compromiso de los

Estados de implementar medidas para que exista una “gestión responsable de las cadenas de suministro mediante prácticas de conducta empresarial responsable y responsabilidad social de las empresas”.

La preocupación por el respeto del trabajo decente por parte de las Empresas Multinacionales y sus proveedores en el marco de las grandes cadenas de suministro a nivel mundial, ha estado presente en las dos últimas décadas en todos los Organismos internacionales vinculados al comercio y los asuntos laborales¹⁷.

Así, instrumentos de origen muy variado establecen reglas y orientaciones dirigidos a los Gobiernos, las Empresas Multinacionales y los proveedores de las cadenas de suministro, basadas en el denominado “deber de debida diligencia”, a saber: las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, 1976 (rev. 2023), la Declaración Tripartita de OIT sobre EMN de 1977 (rev. 2017), los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas (2011) y sobre todo la Resolución de OIT de 2016 sobre Cadenas Mundiales de Suministro.

216

Las cadenas mundiales de suministro se han convertido en una forma habitual de organización de las inversiones, la producción y el comercio en la economía globalizada. En muchos países, y particularmente en países en desarrollo, las cadenas mundiales han creado empleo y abierto nuevas oportunidades para el desarrollo económico y social. Pero también se observa que la dinámica de las relaciones de producción y de empleo en algunas cadenas mundiales de suministro, puede incidir negativamente en las condiciones de trabajo¹⁸.

Esa preocupación se advierte claramente en el artículo 18.11 del Acuerdo Interino de Comercio, cuando dispone que los países se obligan a “apoyar la difusión y el uso de los instrumentos internacionales” relativos al deber de debida diligencia en las cadenas mundiales de valor, así como “promover la

17 Sobre el deber de debida diligencia puede consultarse más ampliamente: SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J.B., *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, AAVV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022.

18 Puede profundizar en: SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J.B., *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*. AAVV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023.

adopción voluntaria por parte de las empresas de la responsabilidad social de las empresas o de las prácticas empresariales responsables, de conformidad con las directrices y principios” contenidos en los instrumentos internacionales de ONU, OIT, OCDE, etc.

Adicionalmente, se dispone que las Partes reconocen la utilidad de las directrices internacionales y promoverán un trabajo conjunto.

Todos los instrumentos que recogen el deber de debida diligencia son normas de *soft law* o derecho débil, por lo que no pueden desatar mecanismos sancionatorios o de solución de controversias a nivel internacional. Sin embargo, al ratificarse ese deber en el Capítulo 18 del Acuerdo Interino de Comercio, ello refuerza el compromiso de los Estados de adoptar políticas consecuentes con el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, incrementándose así las oportunidades de alcanzar el trabajo decente en el Mercosur.

6. Cooperación

En quinto lugar, en el Capítulo 18 se establece un apartado donde se regula de manera muy genérica la posibilidad de que los Estados establezcan mecanismos de cooperación en materia de comercio y desarrollo sostenible (art. 18.13).

No se consagra ningún mecanismo específico, como podría ser, por ejemplo, la realización de seminarios, talleres, investigaciones, intercambio de información, etc.

Lo único que se estipula en el documento son algunos de los ejes o áreas temáticas que podrían ser objeto de la cooperación, destacándose entre ellos: el impacto de la legislación y las normas laborales en el comercio y la inversión, el impacto de la legislación sobre comercio e inversión en el trabajo, la aplicación de los Convenios de la OIT, la Agenda de Trabajo Decente de OIT, la responsabilidad social de las empresas, la gestión responsable de las cadenas de suministro mundiales, etc.

En el artículo 18.14 se crea un Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible, cuyo cometido es, entre otros, llevar a cabo las actividades de cooperación y de solución de controversias.

7. Solución de controversias

Finalmente, los artículos 18.5, 18.16 y 18.17 disponen una serie de mecanismos tendientes a resolver los desacuerdos sobre la interpretación o la aplicación del Capítulo 18.

El mecanismo se basa en el diálogo, las consultas, el intercambio de información y la cooperación. No incluye la posibilidad de aplicar sanciones, multas ni suspensión de beneficios arancelarios, como sucede en el caso de los TLC celebrados por Estados Unidos con varios países.

La solución de controversias se basa en tres etapas. La primera es la consulta: cualquier Parte puede solicitar a la otra iniciar un procedimiento de consultas por escrito, disponiéndose de 30 días para dar respuesta.

Si una Parte considera que la respuesta no es satisfactoria, se abre una segunda etapa que consiste en la posibilidad de solicitar por escrito que se convoque al Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible para procurar alcanzar una solución satisfactoria para las Partes.

La tercera etapa, si fracasa lo anterior, es convocar a un Grupo de Expertos de tres miembros para examinar el asunto. Para ello se conformará una lista de al menos 15 personas que estén interesadas en actuar como Experto.

El Grupo o panel de Expertos deberá emitir un informe preliminar y luego uno final, el cual incluirá las conclusiones y las recomendaciones.

IV. COMENTARIOS FINALES

El Acuerdo Interino de Comercio celebrado entre la UE y MERCOSUR contiene en su Capítulo 18 una regulación de aspectos laborales y medioambientales en el marco del programa de liberalización del comercio entre los países. La principal finalidad es evitar el dumping social, pero también mejorar la calidad de las legislaciones y estándares laborales y medioambientales, el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo y el trabajo decente.

El Capítulo laboral establece varios compromisos para los Estados del MERCOSUR y la UE, cuyo eje consiste en el respeto y aplicación efectiva de los derechos fundamentales en el trabajo, establecidos en la Declaración de la OIT de 1998 y los Convenios y Protocolos de OIT ratificados por los países, como estándar o núcleo común de normas y derechos que deben ser respetados por todos con independencia de su grado de desarrollo económico.

Dentro de esos compromisos se destaca el deber de no reformar la legislación interna en sentido peyorativo para atraer inversiones. Si bien los Estados mantienen soberanía para dictar sus propias normas internas, ellas deben estar alineadas con el trabajo decente y los derechos fundamentales en el trabajo, además de no poder ser reducidas de forma artificial para tratar de captar flujos de comercio y capital.

El Capítulo no establece espacios (órganos) para la participación de los actores sociales. Tampoco dispone mecanismos de denuncias públicas de presuntos incumplimientos de derechos fundamentales en el trabajo.

La experiencia ha demostrado que la participación de las organizaciones sindicales, las empresas y otros actores de la sociedad civil es importante para la construcción de la dimensión social en los espacios de integración económica. No en vano tanto en el MERCOSUR como en la UNION EUROPEA se han creado órganos y mecanismos de diálogo social y participación de los actores del mundo del trabajo, lo que ha contribuido a reforzar las normas y estándares laborales¹⁹.

19 Véase más ampliamente: CASTELLO, A., “Revisión y actualización de la Declaración Socio laboral

De todos modos, pese a estas ausencias, consideramos que la inclusión de un Capítulo laboral en el Acuerdo de libre comercio está totalmente justificada y servirá para fomentar el mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo.

La reforma que no fue: análisis de la Ley de Modernización del Sistema Previsional peruano y su neutralización posterior

The reform that never happened: analysis of the modernization law of the Peruvian pension system and its subsequent neutralization

CÉSAR GONZÁLES HUNT*

Profesor de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Correo electrónico: cesar.gonzales@ppulegal.com
Código ORCID: 0000-0003-0447-6199

DANIEL PANIURA JIMENEZ**

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Correo electrónico: daniel.paniura@ppulegal.com
Código ORCID: 0009-0007-0303-0511

RESUMEN: El presente artículo es un análisis crítico de la Ley N.º 32123, Ley de Modernización del Sistema Previsional Peruano, y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 189-2025-EF, con el propósito de evidenciar que esta norma no constituye una reforma estructural del sistema previsional nacional, sino un conjunto de ajustes paramétricos que, en lo sustancial, mantienen el diseño previsional preexistente. Se examina, además, cómo la posterior aprobación de la Ley N.º 32445 dismanteló los tres pilares centrales de la reforma —la prohibición de retiros, la incorporación de trabajadores independientes y la viabilidad de la pensión mínima en el SPP—, configurando una verdadera contrarreforma que restableció el statu quo anterior. El trabajo concluye evidenciando que en el sistema previsional peruano persiste en un estado de cosas inconstitucional, donde la brecha entre la regulación normativa y la realidad de la protección social continúa ampliándose.

ABSTRACT: This article offers a critical analysis of Law No. 32123, the Law for the Modernization of the Peruvian Pension System, and its implementing regulations approved through Supreme Decree No. 189-2025-EF. Its purpose is to demonstrate that this statute

- * Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Estudios Avanzados por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Socio del área laboral del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría – Perú.
- ** Integrante del equipo de Derecho Laboral en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Especialista en sistemas de pensiones y subsidios laborales. Adjunto de docencia en los cursos “Instituciones de la Seguridad Social” y “Tendencias Jurisprudenciales en Materia Previsional” de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. *Amicus Curiae* del Décimo Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional.

does not constitute a structural reform of the national pension system, but rather a set of parametric adjustments that, in essence, preserve the preexisting pension design. The article also examines how the subsequent enactment of Law No. 32445 dismantled the three central pillars of the reform—the prohibition of withdrawals, the incorporation of selfemployed workers, and the viability of a minimum pension within the Private Pension System (SPP)—thus establishing a genuine counterreform that restored the previous status quo. The paper concludes by showing that the Peruvian pension system continues to exist in an unconstitutional state of affairs, where the gap between regulatory norms and the reality of social protection keeps widening.

PALABRAS CLAVE: sistema previsional peruano, reforma de pensiones, Ley N.º 32123, Ley N.º 32445, pensión mínima, retiro de fondos, seguridad social, estado de cosas inconstitucional.

KEYWORDS: Peruvian pension system, pension reform, Law No. 32123, Law No. 32445, minimum pension, fund withdrawal, social security, unconstitutional state of affairs.

SUMARIO: I. Introducción. II. El sistema previsional peruano previo a la reforma. 1. *Estructura y naturaleza del modelo mixto.* 2. *Problemas estructurales identificados.* A) Baja cobertura y exclusión del sector informal. B) Insuficiencia de las pensiones. C) Sostenibilidad financiera comprometida. III. La Ley N.º 32123: ¿modernización o reorganización normativa? 1. *Los tipos de reforma en los sistemas previsionales.* 2. *Análisis de la estructura multipilar propuesta.* A) El pilar no contributivo. B) El pilar semicontributivo y la pensión mínima en el SPP. C) El pilar contributivo. D) El pilar voluntario. 3. *La prohibición de retiros y la incorporación de independientes.* 4. *La incorporación universal al sistema previsional: una ilusión de protección.* 5. *Balance: una reforma de apariencia.* IV. La Ley N.º 32445: la contrarreforma. 1. *El nuevo retiro extraordinario de hasta 4 UIT.* 2. *La reapertura del retiro del 95.5%.* 3. *La eliminación del aporte obligatorio de independientes.* V. La pensión mínima en el SPP: una conquista vaciada de contenido. 1. *Una deuda histórica aparentemente saldada.* 2. *El mecanismo de las unidades de aporte y su vulnerabilidad.* 3. *La paradoja: retirar fondos es renunciar a la pensión mínima.* VI. El estado de cosas inconstitucional en materia previsional. 1. *El mandato constitucional incumplido.* 2. *El ciclo de retiros como política pública regresiva.* VII. Reflexiones finales. VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre las pensiones en el Perú no es nuevo. Desde que en 1993 entra un vigor un modelo mixto en el que coexisten el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), de reparto y prestaciones definidas, y el Sistema Privado de

Pensiones (SPP), de capitalización individual, la promesa de una protección universal en la vejez ha sido más retórica que realidad. Tres décadas después, el sistema previsional peruano sigue siendo identificado no por los beneficios que otorga, sino por los problemas que lo aquejan: baja cobertura, pensiones insuficientes, sostenibilidad comprometida y una brecha estructural entre formalidad e informalidad que ningún legislador ha logrado cerrar.

En septiembre de 2024, el Congreso de la República aprobó la Ley N.º 32123, denominada Ley de Modernización del Sistema Previsional Peruano, que fue presentada como el inicio de una transformación profunda del sistema de pensiones. Se habló de un modelo multipilar, de universalidad, de portabilidad entre regímenes, de la incorporación de trabajadores independientes y, sobre todo, del reconocimiento de una pensión mínima en el SPP, algo verdaderamente novedoso para un sistema que durante más de treinta años careció de este piso básico de protección. El reglamento de esta ley fue aprobado en setiembre de 2025 mediante el Decreto Supremo N.º 189-2025-EF, con lo que se pretendía dar inicio a la implementación de esta pretendida reforma.

Sin embargo, apenas dos semanas después de publicado el reglamento, el Congreso aprobó la Ley N.º 32445, que habilitó un nuevo retiro extraordinario de hasta 4 UIT, reabrió la puerta al retiro del 95.5% del fondo para todos los afiliados en edad de jubilación, y derogó el artículo que obligaba a los trabajadores independientes a aportar. En los hechos, esta norma dismanteló los tres pilares centrales de la reforma sin siquiera declararlo expresamente, constituyendo lo que en este artículo denominamos una contrarreforma silenciosa.

El presente trabajo tiene por objeto demostrar que la Ley N.º 32123 no constituye una reforma estructural del sistema previsional, sino un conjunto de ajustes paramétricos que, en lo sustancial, mantienen la arquitectura preexistente, y que la Ley N.º 32445 terminó por inutilizarla. Para ello, examinaremos la estructura del sistema previsional previo a la reforma, analizaremos críticamente el contenido de la Ley N.º 32123 y su reglamento, evaluaremos el impacto demoledor de la Ley N.º 32445, y reflexionaremos sobre la persistencia de un estado de cosas inconstitucional en materia previsional.

II. EL SISTEMA PREVISIONAL PERUANO PREVIO A LA REFORMA

1. Estructura y naturaleza del modelo mixto

El sistema previsional peruano ha operado históricamente bajo un esquema paralelo poco común en América Latina y en el mundo. Desde la reforma estructural de 1992, coexisten dos regímenes contributivos obligatorios que funcionan de manera independiente y no complementaria: el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), regulado por el Decreto Ley N.º 19990, que opera bajo un modelo de reparto y prestaciones definidas, administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP); y el Sistema Privado de Pensiones (SPP), creado por el Decreto Ley N.º 25897, que funciona bajo un esquema de capitalización individual, administrado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP) y supervisado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

Al iniciar su vida laboral, el trabajador dependiente debe optar por afiliarse exclusivamente a uno de estos dos sistemas, decisión que, en principio, tiene vocación de permanencia. La posibilidad de trasladarse del SNP al SPP está abierta en cualquier momento, mientras que el retorno del SPP al SNP ha estado estrictamente limitado a supuestos excepcionales. Junto a estos regímenes generales, existen regímenes cerrados y especiales —como el de militares y policías, el diplomático, o el extinto Decreto Ley N.º 20530— que, si bien exigen aportes, no logran financiarse con ellos y son altamente subvencionados por el Estado.

En el ámbito no contributivo, desde 2011 el programa Pensión 65 otorga una subvención económica de S/ 350 bimestrales a personas mayores de 65 años en situación de pobreza extrema. Sin embargo, este programa registra más de 170,000 adultos mayores en lista de espera por falta de presupuesto, evidenciando la insuficiencia de la red de protección social. (Programa Nacional Pensión 65, 2023; MIDIS, 2022)

En lo que al sistema contributivo concierne, en el SNP, los afiliados aportan el 13% de su remuneración y, al cumplir 65 años de edad y acreditar al menos 20 años de aportes, acceden a una pensión cuyo monto oscila entre S/ 600 (pensión mínima) y S/ 1000 (pensión máxima).

En el SPP, el aporte obligatorio al fondo es del 10% de la remuneración, más aproximadamente 1.35% por concepto de prima de seguro de invalidez y sobrevivencia, además de la comisión correspondiente a la AFP por la administración del fondo. A diferencia del SNP, en el SPP no existía pensión mínima universal ni se exigía un tiempo mínimo de cotización: la pensión dependía exclusivamente de lo acumulado en la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) del afiliado.

2. Problemas estructurales identificados

A) *Baja cobertura y exclusión del sector informal*

El problema más grave y persistente del sistema previsional peruano es su limitada cobertura. Según datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), solo el 36.7% de la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada se encontraba afiliada a algún sistema de pensiones en 2023. Esto significa que cerca de dos tercios de la fuerza laboral peruana carece por completo de protección previsional. La brecha es aún más pronunciada entre las zonas urbana y rural: mientras que en el área urbana la afiliación alcanza el 42.4%, en el área rural apenas llega al 14.2%. (INEI, 2025)

Este problema tiene raíz en la estructura misma del mercado laboral peruano, donde la informalidad supera el 70% de la PEA. Los sistemas contributivos están diseñados para mercados laborales formales y solo cubren a trabajadores con contrato de trabajo dependiente. Los trabajadores independientes, ya sean formales o informales, no tienen la obligación de afiliarse a ningún sistema de pensiones, salvo el frustrado intento de 2012 que fue rápidamente derogado ante la presión social. Como consecuencia, la expansión de la cobertura está estructuralmente condicionada a la evolución del empleo formal, cuyo crecimiento ha sido lento e insuficiente. (INEI, 2025; CEPLAN, 2025)

Las cifras señaladas evidencian el grave problema previsional que tenemos: el SPP registra aproximadamente 9.2 millones de afiliados, pero apenas 2.6 millones son aportantes activos. En el SNP, de 4.6 millones de afiliados, solo 1.4 millones aportan efectivamente. Esto revela un nivel de cotización extre-

madamente bajo, con periodos prolongados sin aportes que comprometen la posibilidad de acceder a una pensión digna. (SBS, 2025; ONP, 2024)

B) Insuficiencia de las pensiones

El segundo problema estructural es la insuficiencia de las pensiones. En el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), la pensión máxima está fijada en S/ 1,000, un monto inferior a la Remuneración Mínima Vital (RMV) y que resulta claramente insuficiente para cubrir las necesidades básicas de una persona adulta mayor. Este límite ya representa una situación crítica, pero la problemática se agrava al considerar que la pensión mínima asciende apenas a S/ 600, cifra que no garantiza una calidad de vida digna ni cumple con los estándares mínimos de protección social que debería asegurar un sistema previsional.

En el Sistema Privado de Pensiones (SPP), la situación resultaba todavía más preocupante. Al no existir una pensión mínima universal, los afiliados con ingresos bajos y trayectorias laborales intermitentes terminaban accediendo a pensiones irrisorias debido a la insuficiencia del capital o fondo acumulado. Las cifras evidencian la magnitud del problema: se estima que el 27 % de los afiliados del SPP no contaba con recursos en su fondo, y que aproximadamente 5.1 millones tenían acumulado menos de una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT). (SBS, 2023)

Debe recordarse que, en el SPP, la pensión depende estrictamente del monto acumulado en la cuenta individual de capitalización; en consecuencia, antes de la reciente reforma previsional no existía ningún mecanismo de garantía estatal que pudiera asegurar un piso mínimo para el otorgamiento de la pensión. Esta ausencia de respaldo institucional dejaba a una amplia proporción de afiliados en una situación de vulnerabilidad previsional severa.

A esto se suma un dato revelador: apenas el 1% de los afiliados del SPP opta por el pago de una pensión mensual. La abrumadora mayoría prefiere el retiro del 95.5% de su fondo al cumplir 65 años, una opción habilitada desde 2016 por la Ley N.º 30425, que desnaturalizó por completo el propósito previsional del sistema y evidenció que, para la gran mayoría, el SPP funcionaba como un

simple mecanismo de ahorro forzoso y no como un régimen de seguridad social. (SBS, 2019; SBS, 2024)

C) Sostenibilidad financiera comprometida

El tercer problema es la sostenibilidad financiera. El SNP opera bajo un sistema de reparto en el que los aportes de los trabajadores activos financian las pensiones de los jubilados actuales. Sin embargo, la relación entre aportantes y pensionistas se ha deteriorado progresivamente: en 2015, la proporción era de tres aportantes por cada pensionista; las proyecciones más desfavorables indican que esta proporción se reducirá a 0.5 hacia 2055. Cada año, el Estado debe transferir recursos del Tesoro Público para cubrir el déficit: solo en 2022 se transfirieron S/ 1,200 millones para el pago de pensiones de la ONP.

En el SPP, la situación fue devastada por los retiros extraordinarios. Entre 2020 y 2024, se autorizaron siete retiros extraordinarios que permitieron a más de 7 millones de afiliados retirar más de S/ 115 mil millones, una cifra equivalente a cerca del 11% del PBI nacional. Los fondos del SPP se redujeron un 40% entre 2019 y 2022. El 23% del total de afiliados activos al mes de diciembre de 2024 accedió a retirar el 100% de su fondo de pensiones, quedando sin ahorro jubilatorio alguno. (SBS, 2025)

227

III. LA LEY N.º 32123: ¿MODERNIZACIÓN O REORGANIZACIÓN NORMATIVA?

1. Los tipos de reforma en los sistemas previsionales

Para evaluar adecuadamente la Ley N.º 32123 es necesario comprender los tipos de reforma que pueden implementarse en los sistemas previsionales. A grandes rasgos, podemos identificar tres categorías.

Las reformas paramétricas son las más habituales y comunes. No tienen como objeto cambiar la naturaleza del sistema, sino que suponen modificaciones dentro de la estructura existente, centradas en aspectos técnicos como la determinación del monto de la pensión, la edad de jubilación, la tasa de aporte o la

creación de prestaciones dentro del propio sistema. Son ajustes internos que no alteran la lógica fundamental del modelo.

Las reformas paradigmáticas o estructurales, en cambio, implican un cambio en la naturaleza misma del sistema: la transición de un modelo de reparto a uno de capitalización, la unificación de regímenes, o la creación de un sistema enteramente nuevo. Son transformaciones de fondo que redefinen la arquitectura del modelo previsional.

Existe también un tercer tipo, que podríamos denominar reformas degenerativas o de degradación. Estas son modificaciones que, pudiendo clasificarse formalmente como paramétricas, contienen reglas con un nivel de nocividad tal que desdibujan el sistema en su conjunto. No se refieren a reglas que en el futuro podrían fracasar, sino a aquellas que, sin indicarlo explícitamente, están diseñadas para beneficiar intereses particulares en detrimento del sistema previsional.

2. Análisis de la estructura multipilar propuesta

La Ley N.º 32123 establece el denominado Sistema Integral Previsional Peruano, basado en una estructura de cuatro pilares. A primera vista, esta organización parece responder a las recomendaciones internacionales del Banco Mundial y la OIT. Sin embargo, un análisis detenido revela que, en los hechos, esta estructura no modifica considerablemente el sistema vigente. Lo que hace es encasillar los regímenes ya existentes en una nomenclatura de pilares, calificando como reforma lo que en esencia es una reorganización normativa.

A) El pilar no contributivo

Este pilar tiene como finalidad asegurar la cobertura asistencial de las personas que, a la edad de jubilación, no cuenten con una pensión contributiva y se encuentren en condición de pobreza o vulnerabilidad, según los criterios del Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH). En la práctica, este pilar no es otra cosa que la institucionalización normativa de lo que ya existía: el programa Pensión 65 y el programa Contigo. La ley no crea prestaciones nuevas ni amplía

significativamente la cobertura; simplemente les otorga un marco jurídico dentro de la estructura que pretende, pero no logra ser multipilar. Las pensiones de este pilar, además, no generan prestaciones de sobrevivencia, lo que limita aún más su alcance protector.

B) El pilar semicontributivo y la pensión mínima en el SPP

Este es, sin duda, el componente más relevante de la reforma. El pilar semicontributivo otorga garantía estatal para el pago de prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, y permite acceder a una pensión mínima y, cuando corresponda, a una pensión de jubilación proporcional especial.

Para los afiliados del SPP, el acceso a la pensión mínima requiere cumplir con las unidades de aporte efectivas requeridas —equivalentes a 20 años de aportes para la pensión mínima o al menos 10 años para la pensión proporcional—, no haber realizado retiros de fondos a partir de la entrada en vigor de la ley, y que su CIC sea insuficiente para financiar la pensión. El pago de esta pensión mínima está a cargo de la ONP, con garantía estatal, previa transferencia de los fondos del afiliado del SPP al SNP.

La pensión mínima de jubilación e invalidez quedó fijada en S/ 600, y la pensión mínima por derecho derivado en S/ 400. Las pensiones proporcionales especiales se establecieron en S/ 300 para quienes acrediten entre 10 y 15 años de aportes, y S/ 400 para quienes acrediten entre 15 y 20 años.

Es indiscutible que la incorporación de la pensión mínima en el SPP constituía una deuda histórica. Desde su creación en 1992, el SPP cargaba con la carencia estructural de no garantizar un ingreso mínimo vital a la totalidad de sus afiliados. Las únicas pensiones mínimas existentes en el SPP eran las creadas por las Leyes N.º 27617 y N.º 28991, reservadas para afiliados con historial previo en el SNP y requisitos prácticamente imposibles de cumplir. El resto de cotizantes quedaba expuesto a jubilarse con lo que su cuenta individual pudiera generar, sin garantía alguna.

Sin embargo, como examinaremos más adelante, la efectividad de esta pensión mínima depende crucialmente de que los afiliados no retiren sus fondos, condición que fue contrarrestada por la Ley N.º 32445.

C) El pilar contributivo

El pilar contributivo se soporta en el modelo dual ya existente: la ONP para el SNP y las AFP (junto con las empresas del sistema financiero autorizadas) para el SPP. La ley mantiene la coexistencia de ambos sistemas, sus reglas de financiamiento y sus modalidades de pensión. La edad de jubilación se mantiene en 65 años. Se introduce la afiliación automática a los 18 años a través de la Plataforma de Afiliación Segura y Transparente (PAST), y se facilita la portabilidad entre regímenes.

En esencia, el pilar contributivo reproduce la estructura vigente con ajustes operativos. No se unificaron los sistemas, no se modificaron las tasas de aporte de manera significativa, ni se rediseñó la relación entre el componente público y el privado.

D) El pilar voluntario

Este pilar es transversal y complementario al sistema. Permite a los afiliados realizar aportes voluntarios con fin previsional en cualquier momento, y contempla la posibilidad de que el Estado incentive el ahorro mediante asignaciones equivalentes a los aportes voluntarios. También se introduce la novedosa figura de la “pensión por consumo”, mediante la cual un porcentaje de las compras del afiliado se destina a su fondo previsional.

Sin embargo, la propia denominación de “pensión por consumo” resulta engañosa. El mero consumo de bienes y servicios no puede, por sí solo, producir o generar una pensión, ni siquiera una proporcional. Fue el reglamento el que se encargó de aclarar esta confusión terminológica, estableciendo expresamente en su artículo 72.1 que “el término aporte por consumo se refiere al término Pensión por Consumo utilizado en la Ley”. Es decir, la norma reglamentaria

tuvo que corregir lo que debió ser claro desde un inicio: se trata de un aporte por consumo, no de una pensión por consumo. Un aporte complementario, financiado con recursos del Tesoro Público, equivalente al 1% de los gastos de consumo sustentados en boletas de venta electrónicas, con un tope máximo de 8 UIT anuales de consumo. Esto significa que el aporte máximo anual por este concepto asciende apenas al 1% de 8 UIT, un monto manifiestamente insuficiente para financiar por sí solo una pensión mínima o siquiera una pensión proporcional. Lo que se presenta como novedad no es, en definitiva, más que un término eufemístico para un aporte externo menor, carente de capacidad real para mejorar sustancialmente la pensión de los afiliados.

Por ello, si bien el pilar voluntario introduce mecanismos creativos, su impacto real dependerá de la capacidad de ahorro de los trabajadores en un país donde la mayoría percibe ingresos cercanos a la remuneración mínima vital y donde la urgencia del presente prevalece sistemáticamente sobre la previsión del futuro.

3. La prohibición de retiros y la incorporación de independientes

Dos elementos adicionales merecen especial atención. Primero, el artículo 15 de la Ley N.º 32123 estableció que, a partir de su entrada en vigor, quedaba prohibido el retiro total o parcial de los fondos acumulados en las cuentas individuales de aportes obligatorios, salvo excepciones muy puntuales (retiro del 25% para vivienda y retiro del 50% por enfermedad terminal o cáncer). Esta prohibición resultaba razonable considerando la lógica de la pensión mínima: si se permite vaciar los fondos, se elimina la base financiera sobre la cual se construye la garantía estatal.

Segundo, la ley incorporaba a los trabajadores independientes al sistema previsional, reconociendo que la protección social no puede depender exclusivamente de la existencia de una relación laboral formal. Esta medida era especialmente relevante en un país donde más del 70% de la PEA es informal.

4. La incorporación universal al sistema previsional: una ilusión de protección

La Ley N.º 32123 introdujo una regla aparentemente transformadora: la incorporación obligatoria de todos los ciudadanos al sistema previsional a partir de los 18 años de edad. El artículo 29.1 de la ley dispone que “los ciudadanos al cumplir los dieciocho años, a partir de la entrada en vigor de la presente ley, deben afiliarse al Sistema, eligiendo entre el SNP o SPP”. Para quienes no manifiesten su voluntad dentro del plazo de 12 meses, la afiliación es automática: al SNP para los jóvenes que cumplen 18 años y al SPP para los mayores de 18 que no estén afiliados. Las personas mayores de 55 años al momento de la entrada en vigor quedan exceptuadas.

El reglamento desarrolló estas reglas con mayor detalle. A partir del 1 de junio de 2027, todo ciudadano domiciliado que cumpla 18 años será incorporado al sistema a través de la Plataforma de Afiliación Segura y Transparente (PAST), gestionada por la ONP en coordinación con la SBS, alimentada con datos del RENIEC y Migraciones. Para los mayores de 18 años no afiliados al 31 de mayo de 2027, la obligación también es imperativa, con plazo hasta junio de 2028 para elegir régimen; vencido el plazo, serán asignados automáticamente al SPP.

En apariencia, esta medida podría interpretarse como un avance significativo hacia la universalidad del sistema. Sin embargo, un análisis crítico revela que se trata de una ilusión de protección. La norma crea una incorporación formal —administrativa, registral—, pero no asegura en absoluto que esa afiliación se traduzca en aportes efectivos ni, mucho menos, en una pensión futura. Se puede estar afiliado al sistema previsional desde los 18 años, figurar en los registros de la PAST, poseer un código de identificación previsional, y aun así no contar con un solo sol en la cuenta individual ni con una sola unidad de aporte acumulada.

Y aquí radica el problema central: en el diseño de la reforma, la real y efectiva pertenencia al sistema, así como la posibilidad de exigir un derecho pensionario, siguen derivándose exclusivamente de los aportes efectivos y no del mero hecho de figurar como afiliado. Para acceder a la pensión mínima se requieren 240 unidades de aporte; para la pensión proporcional, al menos 120. La afiliación, por sí sola, no genera derecho a prestación alguna. Lo que la norma hace, en-

tonces, es crear una ilusión de pertenencia, una cobertura estadística que infla artificialmente las cifras de afiliación sin modificar la realidad de la desprotección.

Es como si un hospital declarase que todos los ciudadanos están “cubiertos” por el sistema de salud por el solo hecho de registrarlos en una base de datos, sin que existan médicos, medicinas ni infraestructura para atenderlos. La afiliación sin aporte es una promesa vacía, una formalidad administrativa que no genera protección real. El sistema no protege por el hecho de inscribirte; protege cuando aportas, cuando acumulas, cuando llegas a la edad de jubilación con el respaldo financiero suficiente para exigir una prestación.

5. Balance: una reforma de apariencia

Evaluada en su conjunto, la Ley N.º 32123 no constituye una reforma paradigmática o estructural del sistema previsional peruano. Es, en el mejor de los casos, una reforma paramétrica con elementos rescatables —particularmente la pensión mínima en el SPP— pero que mantiene intacta la arquitectura fundamental del sistema: la coexistencia paralela y no complementaria del SNP y el SPP, la dependencia de la formalidad laboral como puerta de acceso a la protección, y la ausencia de soluciones reales para los más de 70% de trabajadores informales.

Lo que la ley hace es encasillar los regímenes difuminados en una estructura de pilares y calificar esto como un sistema nuevo. Es un conglomerado de normas con intención de ordenar, pero no un cambio sustancial o determinante. La unificación que se proclama es normativa, no real. En los hechos, el SNP y el SPP siguen operando de manera independiente, con lógicas distintas, administraciones separadas y reglas diferentes. No se eliminó la competencia entre ambos sistemas ni se diseñó una visión clara de cómo los pilares contributivos y no contributivos se complementan eficazmente.

En definitiva, estamos ante una reforma que no aborda de manera efectiva la incorporación de los trabajadores informales, que no modifica la estructura de financiamiento del sistema, que no resuelve el déficit actuarial del SNP y que no redefine el rol del SPP más allá de mantenerlo como administrador de

fondos individuales. Los problemas estructurales que motivaron la reforma permanecen intactos.

IV. LA LEY N.º 32445: LA CONTRARREFORMA

Si la Ley N.º 32123 representaba un intento; limitado pero al menos orientado en la dirección correcta; de recuperar el carácter previsional del sistema, la Ley N.º 32445, publicada el 20 de septiembre de 2025, constituyó su desmantelamiento. Sin declararse expresamente como una derogación de la reforma, esta norma neutralizó sus tres pilares fundamentales y restableció el statu quo anterior. Es, en toda su extensión, una contrarreforma.

1. El nuevo retiro extraordinario de hasta 4 UIT

La Ley N.º 32445 autorizó un nuevo retiro extraordinario y facultativo de hasta 4 UIT (aproximadamente S/ 21,400 o USD 6,400) de los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización. Esta medida contradice directamente el artículo 15 de la Ley N.º 32123, que había prohibido expresamente estos retiros. (SBS, 2019; SBS, 2024)

Los mismos legisladores que aprobaron la prohibición de retiros en la Ley N.º 32123 votaron a favor de habilitarlos apenas meses después. Como se ha señalado con acierto, “parece que se les olvidó” que ellos mismos habían aprobado una norma que establecía claramente la prohibición de retiros, y que la Constitución consagra la intangibilidad de los fondos previsionales en su artículo 12.

Para dimensionar el impacto de este retiro, basta considerar que retirar 4 UIT del fondo de una AFP equivale aproximadamente a 12.14 años de aportes calculados sobre la base de la remuneración mínima vital. Esto significa que, con un solo retiro, el afiliado pierde el equivalente a más de una década de esfuerzo contributivo, comprometiendo no solo su pensión futura sino también el acceso a la pensión proporcional que la propia reforma había creado.

Los datos de la SBS confirman que el 70% de los retiros realizados entre 2020 y 2024 fueron efectuados por trabajadores con empleo estable y altos ingresos, y el 50% de los afiliados que retiraron se encontraban trabajando. Esto desmiente la narrativa de que los retiros responden a necesidades urgentes de supervivencia: en realidad, se han convertido en un mecanismo de liquidez inmediata que desnaturaliza el propósito previsional del sistema.

2. La reapertura del retiro del 95.5%

Quizás el golpe más contundente a la reforma fue la modificación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 32123. La versión original de esta disposición ya era problemática: permitía a los afiliados mayores de 40 años al momento de la entrada en vigor de la ley optar por el retiro del 95.5% de su fondo al jubilarse, excluyendo a los menores de 40 años de esta posibilidad. Esta distinción por edad carecía de justificación razonable y vulneraba el principio de igualdad.

La Ley N.º 32445 eliminó esa distinción, pero no en el sentido de proteger a todos los afiliados, sino en el sentido contrario: habilitó el retiro del 95.5% para la totalidad de afiliados en edad de jubilación, sin distinción alguna. Se regresó así al escenario de inconstitucionalidad total, ya que cualquier persona, tenga 40 años o no al momento de la emisión de la norma, puede utilizar el 95.5% como opción, debilitando aún más el sistema previsional y comprometiendo el derecho a una pensión digna.

Esta medida es particularmente devastadora porque vacía de contenido la pensión mínima. Si el afiliado puede retirar el 95.5% de su fondo al jubilarse, ¿para qué existe una pensión mínima? La propia Ley N.º 32123 establecía como requisito para acceder a la pensión mínima que los afiliados “no realicen retiros de fondos a partir de la entrada en vigor de la presente ley”. Al reabrir la puerta al retiro total, se está, en la práctica, invitando a los afiliados a renunciar a la pensión mínima.

3. La eliminación del aporte obligatorio de independientes

La Ley N.º 32445 derogó el artículo 9 de la Ley N.º 32123, que incorporaba a los trabajadores independientes al sistema previsional. Con esta derogación se abandonó uno de los componentes más importante de la reforma ratificando la exclusión del sector más numeroso y vulnerable de la fuerza laboral peruana.

No es la primera vez que esto ocurre. En 2012, la Ley N.º 29903 ya había intentado establecer la afiliación obligatoria de los independientes, pero fue derogada ante el rechazo masivo de los trabajadores que consideraban la aportación como una afectación a sus ingresos. Este episodio evidencia un problema cultural profundo: la falta de cultura previsional en el Perú, donde las necesidades inmediatas prevalecen sistemáticamente sobre la planificación para la vejez.

Con la eliminación del aporte de independientes, el sistema previsional peruano vuelve a quedar confinado al reducido universo del empleo formal, perpetuando la baja cobertura que constituye su deficiencia más grave.

V. LA PENSIÓN MÍNIMA EN EL SPP: UNA CONQUISTA VACIADA DE CONTENIDO

1. Una deuda histórica aparentemente saldada

La creación de una pensión mínima real en el SPP fue, sin duda, el logro más significativo de la Ley N.º 32123. Desde 1992, el SPP cargaba con una deuda estructural: carecer de una pensión mínima que garantizara un ingreso vital a todos sus afiliados. Esta ausencia no solo dejaba desprotegidos a millones de trabajadores, sino que limitaba al SPP a la mera lógica del ahorro forzoso, alejándolo de su verdadera naturaleza previsional y de los principios de universalidad y dignidad que exigen los artículos 10 y 11 de la Constitución.

La pensión mínima es mucho más que un monto; es la manifestación concreta del contenido esencial del derecho a la pensión. El Tribunal Constitucional lo dejó claro en las sentencias 050-2004-PI/TC y 00009-2015-AI: sin ella, el sistema previsional pierde su justificación. No podemos concebir un

sistema previsional que no garantice una pensión mínima; de no ser así, será un sistema previsional fallido.

El nuevo marco normativo asumió la pensión mínima del SPP como un derecho exigible y equiparable, en monto, a la del SNP. El mecanismo era razonable: se exige al afiliado acumular al menos veinte años de aportes efectivos; el capital para financiar la pensión proviene principalmente de la cuenta individual y su rentabilidad; y solo si esos recursos resultan insuficientes, el Estado cubre la diferencia mediante un esquema de garantía fiscal. Así se integraban los principios de contributividad y solidaridad.

2. El mecanismo de las unidades de aporte y su vulnerabilidad

La reforma introdujo el concepto de “unidad de aporte” como métrica para medir el esfuerzo contributivo del afiliado. Se requieren 240 unidades de aporte efectivas para acceder a la pensión mínima, y al menos 120 para la pensión proporcional especial. Cada unidad de aporte se calcula sobre la base de la remuneración mínima vital, con la posibilidad de efectuar pagos fraccionados.

Como se apreciará, se vincula el acceso a la pensión mínima con un esfuerzo contributivo demostrable, evitando que la garantía estatal se convierta en un incentivo perverso para no aportar. Además, se estableció el reconocimiento excepcional de hasta seis unidades de aporte por hijo (máximo tres hijos) para aquellos periodos en que no se hubiera aportado por dedicación al cuidado de hijos en sus primeros seis meses de vida.

No obstante, el sistema evidencia una vulnerabilidad relevante: cada retiro extraordinario de fondos no implica únicamente la disposición de recursos líquidos, sino también la disminución efectiva de las unidades de aporte acumuladas. Bajo este supuesto, si un afiliado con ingresos cercanos a la remuneración mínima vital retirara un monto equivalente a 4 UIT, dicho retiro representaría aproximadamente la reducción de más de doce años de aportes. Ello lo colocaría, de manera inmediata, fuera del umbral requerido para acceder a la pensión mínima, o lo conduciría, en el mejor de los casos, a una pensión proporcional de menor cuantía. Naturalmente, este razonamiento no sería aplicable a trabajadores con

remuneraciones superiores, cuyos aportes acumulados permiten absorber retiros sin comprometer de manera tan drástica el acceso a las prestaciones mínimas.

3. La paradoja: retirar fondos es renunciar a la pensión mínima

Lo que emerge del contraste entre ambas leyes es una contradicción difícil de justificar desde cualquier perspectiva de política pública. Por un lado, la Ley N.º 32123 instituye la pensión mínima como garantía esencial del derecho a la seguridad social en el SPP y, por otro, la Ley N.º 32445, aprobada apenas meses después, abre las compuertas para que los afiliados extraigan sus fondos y, con ello, pierdan automáticamente el acceso a esa misma garantía. No se trata de una tensión sutil: el artículo 5.b) de la propia ley de reforma condiciona expresamente el acceso al pilar semicontributivo a que el afiliado no haya efectuado retiros de su CIC tras la entrada en vigor de la norma. En otras palabras, quien dispone de sus fondos queda excluido de la protección mínima que la reforma pretendía otorgar.

La dimensión del problema, sin embargo, trasciende la esfera de la decisión personal. Cuando es el propio legislador, llamado a ser custodio de los derechos fundamentales y no su principal erosionador, es quien promueve y facilita los retiros masivos, se instala en el imaginario colectivo la percepción de que disponer del fondo previsional es un acto legítimo y hasta conveniente. El resultado previsible es que una proporción significativa de afiliados opte por el retiro, convirtiendo la pensión mínima en una figura decorativa: presente en el ordenamiento jurídico pero ausente en la vida real de quienes debería proteger.

Conviene detenerse en lo que verdaderamente significa esta decisión. Retirar fondos no es, como se suele presentar, una simple operación financiera de liquidez. Es, en rigor, la renuncia anticipada y muchas veces irreversible al derecho a percibir una pensión en la vejez, incluida la pensión mínima. Se cambia la certeza de un ingreso vitalicio —por modesto que sea— por un monto que, traducido a años de aporte, representa apenas un fragmento de la vida contributiva del trabajador. Es una transacción profundamente desventajosa: se sacrifica protección permanente a cambio de recursos que, según la evidencia, se agotan en consumo corriente en un plazo no mayor a dieciocho meses.

En última instancia, lo que está en juego no puede reducirse a cifras ni a unidades impositivas tributarias. El derecho a la pensión mínima forma parte del núcleo duro de la pensión. Cuando la actividad productiva cesa y los ingresos laborales desaparecen, la pensión es el único mecanismo institucional diseñado para sostener la dignidad del ser humano en su etapa de mayor vulnerabilidad. Comprometer ese derecho por una suma que difícilmente cubre las necesidades de un año no es ejercer la libertad individual: es hipotecar el futuro bajo la presión del presente, con la anuencia —y a veces con el estímulo— de quienes deberían impedirlo.

VI. EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN MATERIA PREVISIONAL

1. El mandato constitucional incumplido

La Constitución Política del Perú consagra, en sus artículos 10, 11 y 12, el derecho universal a la seguridad social, el libre acceso a las pensiones y la intangibilidad de los fondos previsionales. Estos mandatos no son programáticos ni aspiracionales: son normas de cumplimiento obligatorio que vinculan a todos los poderes del Estado.

Sin embargo, la realidad del sistema previsional peruano contradice frontalmente estos mandatos. Solo alrededor del 31.2% de la población de 14 y más años cuenta con cobertura previsional, mientras que el 68.8% carece de ella. Según la OIT, el Perú se encuentra dentro del grupo de países con una cobertura previsional entre el 20% y 40% de adultos mayores, comparable únicamente con algunos países de África y Asia. La multiplicidad de regímenes pensionarios constituye un problema adicional, ya que no obedecen una misma lógica, no se encuentran articulados entre sí, y algunos se han vuelto insostenibles.

El propio Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00020-2021-PI/TC, realizó un diagnóstico que difícilmente pueda ser superado en precisión. Reconoció que “el problema de fondo reside en que en nuestro país todavía no se haya podido generar un verdadero sistema de seguridad social”, y advirtió que “mientras no se resuelva ello, seguramente continuarán

apareciendo otras regulaciones similares a la aquí cuestionada”. La anticipación fue certera: exactamente lo que el Tribunal vaticinó es lo que ha ocurrido con la Ley N.º 32445.

Sin embargo, lo paradójico —y lo verdaderamente preocupante— es que esa misma sentencia contribuyó a perpetuar el problema que tan lúcidamente diagnosticaba. Al declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la liberalización de los fondos previsionales, el Tribunal Constitucional convalidó jurisprudencialmente la posibilidad de los retiros, otorgándole un manto de legitimidad constitucional a una práctica que erosiona el sistema de seguridad social. El resultado es una sentencia que advierte sobre el incendio mientras entrega los fósforos: identifica con claridad que los retiros desnaturalizan el propósito previsional del sistema, pero se abstiene de declararlos inconstitucionales, dejando al legislador en libertad de seguir autorizándolos.

De este modo, al legislador carente de visión de largo plazo se suma ahora un Tribunal Constitucional que, pese a elaborar un análisis adecuado de la crisis previsional, termina avalando la causa misma del deterioro. Con ese criterio errado, la última trinchera institucional que podría haber contenido la degradación del sistema previsional quedó desarmada. Ya no se trata únicamente de un Congreso que legisla al compás de la coyuntura política; se trata también del máximo intérprete de la Constitución validando, en los hechos, que los fondos destinados a garantizar una vejez digna puedan ser liberados sin restricción sustancial alguna. El artículo 12 de la Constitución, que consagra la intangibilidad de los fondos previsionales, ha quedado reducido a una declaración programática sin fuerza vinculante efectiva.

2. El ciclo de retiros como política pública regresiva

Desde 2016, cuando la Ley N.º 30425 habilitó por primera vez el retiro del 95.5% del fondo, el Perú ha entrado en un ciclo vicioso de retiros que constituye una política pública regresiva en materia de derechos sociales. Cada retiro erosiona la base financiera del sistema, reduce las pensiones futuras, incrementa la dependencia de programas asistenciales y transfiere al Estado —es decir, a todos los contribuyentes— los costos de la desprotección social en la vejez.

El listado de normas de retiro es extenso y revelador: Ley N.º 30425 (2016), Ley N.º 30478 (2016), Decretos de Urgencia N.º 034-2020 y N.º 038-2020, Leyes N.º 31017 (2020), N.º 31068 (2020), N.º 31192 (2021), N.º 31478 (2022), N.º 32002 (2024), y finalmente la Ley N.º 32445 (2025). Es un desfile legislativo que, en su conjunto, ha desnaturalizado el propósito esencial del sistema de pensiones, transformando un mecanismo de protección social en una fuente de liquidez inmediata.

Este ciclo contradice el principio de progresividad en materia de derechos sociales. En lugar de fortalecer el sistema y ampliar la cobertura, se promueven políticas regresivas que debilitan la protección social. Se está desregularizando las instituciones propias del derecho previsional peruano, inclusive rebasando la Carta Magna en materia de seguridad social. En estos últimos años, se acude a medidas que trasladan a cada persona la responsabilidad de velar por su protección social, cuando esta debe estar siempre a cargo del Estado. Estamos vislumbrando un futuro sin pensiones en el país, y resulta inconcebible.

Además, la autorización de retiros tiene implicancias que van más allá de la vejez. Los fondos en la CIC no solo sirven para la jubilación: si un afiliado sufre un accidente, una enfermedad incapacitante o fallece, aun teniendo 20, 30 o 40 años de edad, podría acceder a una pensión de invalidez o de sobrevivencia. Sin fondos, estas coberturas se desvanecen.

VII. REFLEXIONES FINALES

La Ley N.º 32123, Ley de Modernización del Sistema Previsional Peruano, pasará a la historia como un intento más —acaso el más elaborado en su formulación, pero igualmente infructuoso— de lograr una reforma del sistema de pensiones en el Perú. No fue una reforma estructural sino una reorganización normativa con elementos paramétricos rescatables, siendo el más importante la creación de la pensión mínima en el SPP. Pero incluso este logro ha quedado neutralizado por la Ley N.º 32445, que lo inutilizó apenas días después de su reglamentación.

La experiencia peruana revela una contradicción insuperable entre la proclamación legislativa y la voluntad política real. Los mismos legisladores que votan a favor de una reforma son los que, pocas semanas después, aprueban su contrarreforma. No existe coherencia, no existe visión de largo plazo, y no existe compromiso genuino con la protección social de los ciudadanos. Lo que prevalece es el cortoplacismo, la búsqueda de réditos políticos inmediatos y la instrumentalización de los fondos previsionales como herramienta de popularidad.

Los tres pilares de la reforma —la prohibición de retiros, la incorporación de independientes y la viabilidad de la pensión mínima— fueron desmantelados sistemáticamente. La prohibición de retiros fue burlada con un nuevo retiro extraordinario. La incorporación de independientes fue derogada. Y la pensión mínima fue vaciada de contenido al reabrir la posibilidad de que todos los afiliados retiren el 95.5% de su fondo, lo que equivale a renunciar expresamente a la pensión mínima.

El sistema previsional peruano persiste en un estado de cosas inconstitucional. La brecha entre el mandato constitucional de garantizar una seguridad social universal, solidaria y progresiva, y la realidad de un sistema fragmentado, excluyente e insostenible, no solo no se ha cerrado, sino que se ha ampliado. El Perú se dirige hacia un escenario en el que una proporción creciente de su población envejecerá sin protección previsional alguna, dependiendo exclusivamente de la caridad familiar o de programas asistenciales cuyo presupuesto ya resulta insuficiente.

La solución para la crisis previsional no es desbaratar el sistema y devolver a todos lo que aportaron para “reactivar la economía” Será difícil, o hasta imposible, construir sobre algo totalmente destruido. Se requiere una reforma verdaderamente integral que garantice cobertura universal y sostenibilidad a largo plazo; que integre los pilares existentes en un diseño eficiente eliminando la competencia entre el SNP y el SPP; que incorpore efectivamente al sector informal; que diseñe esquemas de jubilación que ofrezcan ingresos estables a lo largo de la vejez; y que aborde factores estructurales como la formalización laboral y la educación financiera previsional.

Mientras tanto, si el SPP aspira a consolidarse como un verdadero régimen de seguridad social, es indispensable que los legisladores abandonen el cortoplacismo y que, si no lo hacen, el Tribunal Constitucional actúe con firmeza para proteger el fondo previsional. Solo así el SPP podrá dejar de ser percibido como un simple plan de ahorro individual y convertirse, finalmente, en una pieza integral de la seguridad social peruana.

VIII. REFERENCIAS

- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico [CEPLAN]. (2024). *Observatorio Nacional de Prospectiva: Sistema previsional peruano y envejecimiento poblacional*. <https://observatorio.ceplan.gob.pe/ficha/t28>
- Defensoría del Pueblo. (2019, agosto). *Envejecer en el Perú: Hacia el fortalecimiento de las políticas para personas adultas mayores* (Informe de Adjuntía N.º 006-2019-DP/AAE). Defensoría del Pueblo.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI]. (2022, 11 de julio). *Perú: 50 años de cambios, desafíos y oportunidades poblacionales*. INEI.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI]. (2025, junio). *Situación de la población adulta mayor: enero-febrero-marzo 2025* (Informe Técnico N.º 02). INEI.
- Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social [MIDIS]. (2022, mayo). *Informe de Resultados: Encuesta de Percepciones de los usuarios del programa Pensión 65 de 2021*. Dirección General de Seguimiento y Evaluación.
- Ministerio de Economía y Finanzas [MEF], Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales. (2004, mayo). *Los sistemas de pensiones en Perú*.
- Oficina de Normalización Previsional [ONP]. (2022, agosto). *Boletín Estadístico ONP – Marzo 2022*. ONP.
- Oficina de Normalización Previsional [ONP]. (2024). *Resolución Jefatural N.º 000132-2024-JF* [Memoria Institucional 2023].
- Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65. (2023). *Indicadores de desempeño al cierre 2023*. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS]. (2019, noviembre). *Estudio Nacional de Dependencia Económica en Adultos Mayores en el Perú*. SBS – Intendencia General de Supervisión Previsional.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS]. (2023, octubre). *Impacto de los Proyectos de Ley que proponen nuevos retiros extraordinarios en el Sistema Privado de Pensiones (SPP)* [Presentación ante el Congreso de la República].

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS]. (2024, julio). Sistema Privado de Pensiones: Evolución de los nuevos afiliados. *SBS Informa, Boletín Semanal*, (25).

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS]. (2025, 10 de abril). *Oficio N.º 19208-2025-SBS* [Opinión institucional sobre el Proyecto de Ley N.º 10355/2024-CR]. SBS.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS]. (2025, 26 de mayo). *Oficio N.º 27477-2025-SBS* [Opinión institucional sobre el Proyecto de Ley N.º 10440/2024-CR]. SBS.

El sistema de justicia penal laboral y las formas contemporáneas de esclavitud. A propósito del caso de la Galería Nicolini

Criminal justice system and modern slavery. The “Galería Nicolini” case

ARMANDO SÁNCHEZ-MÁLAGA*

Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Correo electrónico: asanchezmalaga@yonruesta.com
Código ORCID: 0000-0003-1651-6549

RESUMEN: El trabajo forzoso es la antítesis del trabajo decente y afecta los derechos fundamentales de alrededor de 30 millones de personas en el mundo. El caso de las Galerías Nicolini muestra tres grandes retos que tiene el sistema de justicia penal frente a las formas contemporáneas de esclavitud. En primer lugar, la necesidad de identificar los medios de comisión específicos de estos delitos que los distinguen de otros delitos tradicionales y de las infracciones de la normativa laboral. En segundo lugar, la importancia de contar con un catálogo de indicadores probatorios que ayuden a los operadores del sistema de justicia a sustentar adecuadamente los casos judiciales. Finalmente, la dificultad persistente para establecer límites entre el delito de trata de personas y los delitos de explotación.

ABSTRACT: Forced labor is the antithesis of decent work and affects fundamental rights of around 30 million people worldwide. The case of “Galerías Nicolini” highlights three major challenges facing the criminal justice system in relation to modern slavery. First, there is a need to identify the specific means by which these crimes are committed, distinguishing them from other traditional crimes and labor law violations. Second, the importance of having a catalog of evidentiary indicators to help operators adequately support court cases. Third, the difficulty to establish boundaries between human trafficking and crimes of exploitation.

PALABRAS CLAVE: esclavitud, trabajo forzoso, trata de personas, sometimiento, vulnerabilidad

KEYWORDS: slavery, forced labour, human trafficking, submission, vulnerability

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (España). Socio en Yon Ruesta, Sánchez-Málaga & Bassino Abogados

SUMARIO: I. Introducción. II. Trabajo forzoso. 1. *Concepto y elementos*. 2. *Relevancia penal*. 3. *Necesidad de intervención*. 4. *Necesidad de distinción*. III. Caso de la galería Nicolini. 1. *Hechos del caso*. 2. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. 3. *Sentencia de la Corte Superior*. 4. *Análisis penal*. A) Medios de comisión. B) Indicadores probatorios. C) Límites entre la trata de personas y los delitos de explotación. IV. Conclusión. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se discute acerca del fenómeno delictivo, la atención de la sociedad y de la comunidad científica se centra en los actos de corrupción de funcionarios públicos, los delitos patrimoniales que afectan la seguridad ciudadana y los graves casos de violencia familiar. Se trata de situaciones que sin lugar a dudas merecen la atención del sistema de justicia penal, pero que no deben opacar la urgencia de actuar frente a otros casos que cuantitativa y cualitativamente representan un problema similar o incluso mayor. Me refiero a los casos de trata de personas, trabajo forzoso y explotación sexual. Esto es, formas contemporáneas de esclavitud que se caracterizan por ser poco visibles y mimetizarse con la actividad económica cotidiana (ESPALIÚ, 2014, p. 4).

El año 2022, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) publicó sus estimaciones globales sobre formas modernas de esclavitud¹. A dicha fecha se calculaba que en el mundo existirían unos 27.6 millones de personas en situación de trabajo forzoso, cifra que se habría incrementado en 2.7 millones con relación a la estimación anterior efectuada el año 2016. Esto quiere decir que en el mundo existirían alrededor de 3.5 víctimas de explotación laboral por cada mil habitantes, lo que muestra la gravedad y actualidad del fenómeno delictivo.

El trabajo forzoso es la antítesis del trabajo decente y está considerado como una forma contemporánea de esclavitud (GARCÍA SEDANO, 2018, p. 15). Como tal, constituye una violación de derechos fundamentales del trabajador, específicamente de su libertad de trabajo y dignidad. Se trata de una conducta

1 Disponible en: <https://www.ilo.org/publications/major-publications/global-estimates-modern-slavery-forced-labour-and-forced-marriage>

calificada como delito por el ordenamiento penal y que implica someter a un ser humano a realizar una actividad laboral, creando el riesgo típico de instrumentalización de su fuerza de trabajo.

Desde el año 2017, el Código Penal de Perú tipifica los delitos de trabajo forzoso, esclavitud -que aparece como una figura agravada del trabajo forzoso-, y explotación sexual -que parece ser una forma específica de trabajo forzoso agravada por el contexto de explotación. La sanción penal de estas formas concretas de explotación humana ha planteado problemas concursales con el más longevo delito de trata de personas. Ello ha merecido la atención de la Corte Suprema de la República, que se ha pronunciado a través de los Acuerdos Plenarios N.º 06-2019/CIJ-116² y N.º 04-2023/CIJ-112³.

El caso judicial más representativo de esta materia es el de la Galería Nicolini, en el que se condenó a los autores por delito de trata de personas agravado y que mereció el pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través de la sentencia N.º 01403-2024-PHC/TC en la que declaró nula la condena y ordenó al Poder Judicial emitir un nuevo pronunciamiento. Precisamente es objeto de comentario en este artículo la sentencia que emitió el Poder Judicial para acatar dicho fallo. Se trata de la sentencia del 12 de diciembre de 2025 dictada por la Décima Primera Sala Penal de Apelaciones en el Exp. N.º 04467-2017-0. Esta jurisprudencia muestra tres grandes retos que tiene el sistema de justicia penal frente a las formas contemporáneas de esclavitud. En primer lugar, la necesidad de identificar los medios de comisión específicos de estos delitos que permitan distinguirlos de otros delitos tradicionales y de infracciones de la normativa laboral. En segundo lugar, la importancia de contar con un catálogo de indicadores probatorios que ayuden a los operadores del sistema de justicia a sustentar adecuadamente los casos judiciales. Finalmente, la dificultad para establecer límites entre el delito de trata de personas y los delitos de explotación.

2 Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cf03cc804ff83663b24ab76976768c74/6-2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cf03cc804ff83663b24ab76976768c74>

3 Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/pj/normas-legales/4937382-acuerdo-plenario-n-04-2023-cij-112>

II. TRABAJO FORZOSO

El trabajo forzoso es la figura nuclear de las formas contemporáneas de esclavitud. Como toda forma de esclavitud moderna, se trata de un delito grave que se presenta relacionado con otras formas criminales como el asalto, la agresión sexual, el secuestro y el homicidio (NARAYAN DATTA Y BALES, 2013, p. 829).

1. Concepto y elementos

Según el Convenio número 29 de la OIT, es trabajo forzoso todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente⁴. Se trata de una conducta compuesta por tres elementos objetivos. El primer elemento es la existencia de una relación de trabajo o servicio personal entre el explotador y la víctima. No es necesario que se trate de una relación de trabajo que cumpla con los requisitos de la legislación laboral. Puede tratarse de trabajo informal o incluso ilegal (OIT, 2018, p. 31). Son comunes los casos de trabajo forzoso en el ámbito de la minería ilegal y de la extracción ilegal de recursos. En este punto es importante tener en cuenta el principio de no punibilidad de la víctima que actúa bajo coacción, a efectos de no sancionar penalmente al trabajador que es obligado a realizar conductas penalmente típicas.

El segundo elemento consiste en que el trabajador debe encontrarse sometido a una situación de amenaza o coacción. La norma internacional hace referencia a la “amenaza de pena”, con lo que alude a la situación de imposibilidad de resistir en la que se encuentra el trabajador. En ese sentido, algunos autores destacan la necesidad de que se configure una amenaza grave contra el trabajador, que genere una situación de inequidad y haga imposible su oposición a realizar el trabajo o servicio personal (Eduardo Aboso, 2013, p. 105). Ejemplos de este tipo de amenaza lo constituyen aquellos casos en los que se pone en riesgo la vida, la salud, la libertad o el entorno familiar del trabajador. No es necesario que se configure un daño efectivo, pero sí se requiere de una situación de peligro idóneo para el trabajador o personas con un estrecho vínculo con él.

4 Disponible en: <https://www.ilo.org/es/media/438301/download>

El tercer elemento consiste en que el trabajo debe ser realizado en contra de la voluntad del trabajador. La norma internacional hace referencia a la ausencia de consentimiento del trabajador. Se trata del resultado típico que se produce como consecuencia de los dos elementos anteriores. Cabe indicar que la falta de voluntad del trabajador puede producirse en cualquier momento de la relación de trabajo, sea durante su gestación o su realización (OIT, 2018, p. 33). Es importante tener en cuenta que la existencia de un contrato de trabajo o de actividad remunerada no eliminan la posibilidad de una situación de trabajo forzoso. Es más, el propio Código Penal de Perú precisa que la existencia de remuneración no evita que se configure el delito de trabajo forzoso.

La suma de los tres elementos anotados da cuenta de una situación de sometimiento en agravio del trabajador. Se trata de supuestos en los que el trabajador ve eliminada o disminuida significativamente su capacidad para decidir si trabaja o no, en qué condiciones trabaja y si deja de trabajar.

2. Relevancia penal

El artículo 25° del Convenio número 29 de la OIT establece que el hecho de exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio será objeto de sanciones penales, y todo miembro que ratifique el convenio tendrá la obligación de cerciorarse de que las sanciones impuestas por la ley son realmente eficaces y se aplican estrictamente. Si bien es cierto que el Estado peruano ratificó el aludido convenio el año 1961, fue recién el 6 de enero de 2017 que se publicó el Decreto Legislativo N.º 1323 denominado “decreto legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género”. Dicha norma introdujo al Código Penal tres nuevos delitos constitutivos de formas contemporáneas de esclavitud: el delito de explotación sexual, que fue incorporado inicialmente al artículo 153-B°; el delito de esclavitud, que fue incorporado al artículo 153-C°; y el delito de trabajo forzoso, que fue tipificado en el artículo 168-B°. Posteriormente el año 2021 estos tipos penales fueron reubicados en un título único dedicado a los delitos contra la dignidad humana, que a su vez está compuesto por dos capítulos, uno de delitos de trata de personas y otro de delitos de explotación. Esto último resulta sumamente relevante, ya que el legislador penal ha reconocido, por un lado, que la trata de personas

y los delitos de explotación constituyen formas contemporáneas de esclavitud y, por otro lado, que se trata de formas criminales distintas, cuya tipificación penal merece capítulos particulares.

El delito de trabajo forzoso, actualmente tipificado en el artículo 129-O del Código Penal, sanciona con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y multa de cien a doscientos días-multa al que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no. Asimismo, la norma penal prevé tres grupos de agravantes. En primer lugar, sanciona con pena privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de quince años y multa de doscientos a trescientos días-multa los casos en los que el agente del delito haya tenido a la víctima bajo su cuidado o vigilancia o haya mantenido con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza en él; los casos de víctimas que tengan entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y la actividad que desarrolla estuviera prohibida por la ley en razón a su edad; y los casos en los que el agente haya cometido el delito en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica. En segundo lugar, se sanciona con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años y multa de trescientos a trescientos sesenta y cinco días-multa cuando el agente del delito sea familiar de la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; cuando existe pluralidad de víctimas; cuando la víctima tiene menos de catorce años de edad, es adulta mayor, tiene discapacidad, padece de enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena, es trabajador migrante o presenta cualquier situación de vulnerabilidad; cuando se produce lesión grave o se pone en peligro inminente la vida o la salud de la víctima; y cuando la explotación se deriva de una situación de trata de personas. Esta última agravante es una solución legal al problema concursal surgido entre el delito de trata de personas y las diferentes formas de explotación. Resulta especialmente relevante al analizar el caso de Galerías Nicolini ya que, a pesar de concurrir de forma específica, no fue materia de aplicación en la sentencia. Finalmente, un tercer grado de agravación del delito se aplica si se produce la muerte de la víctima. En este caso, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Acerca del tipo penal básico de trabajo forzoso, se ajusta a los tres elementos de la definición del Convenio número 29 de la OIT. Destaca como elemento objetivo central del delito la acción típica alternativa, que puede consistir en obligar o en someter a la víctima. Se trata de dos niveles de gravedad del acto agresor. Un primer nivel que afecta la libertad del trabajador cuando es obligado a realizar un trabajo o prestar un servicio. Un segundo nivel que implica además la afectación de la dignidad del trabajador cuando es sometido a realizar un trabajo o prestar un servicio (OIT, 2018, p. 56). Asimismo, se prevé la posibilidad de que la conducta típica se realice a través de cualquier medio. Esto es importante ya que incluye medios comisivos distintos a los convencionales (violencia, amenaza condicional, amenaza no condicional, engaño) como el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, el abuso de relaciones de poder o los casos de explotación económica (MONTÓYA, 2018, p. 109). Si bien el tipo penal hace referencia a que el delito puede ser cometido a través de cualquier medio o contra la voluntad de la víctima, debe interpretarse que en cualquier caso el delito se configurará en contra de la voluntad de la víctima, ya que las acciones de obligar y, más aún, de someter, implican que la situación de la víctima sea de ausencia de consentimiento. Finalmente, se trata de un delito doloso, en el que se exige que el agente económico actúe con conocimiento del riesgo típico que ha creado al momento de obligar o someter a una persona a realizar un trabajo o servicio personal en contra de su voluntad.

3. Necesidad de intervención

Más allá de la sanción penal, resulta importante tener en cuenta lo establecido por el Protocolo de la OIT del año 2014 relativo al Convenio sobre trabajo forzoso⁵. Esta norma establece que los miembros del convenio deberán adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar la utilización del trabajo forzoso, proporcionar a las víctimas protección y acceso a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización, y sancionar a los autores del trabajo forzoso u obligatorio. Es decir, reconoce la necesidad de tres niveles distintos de intervención frente al trabajo forzoso: prevención, protección de víctimas y sanción.

5 Disponible en: <https://www.ilo.org/es/media/389536/download>

La norma internacional dispone que todo miembro del convenio debe formular, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, “una política y un plan de acción nacionales a fin de lograr la supresión efectiva y sostenida del trabajo forzoso u obligatorio que prevea la adopción de medidas sistemáticas por parte de las autoridades competentes y, si procede, en coordinación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como con otros grupos interesados”. Se resalta así la importancia de aplicar mecanismos de control social informal y de atender a las causas del fenómeno criminal, evitando una concentración exclusiva en la reacción frente al delito ya consumado.

En materia de prevención, la OIT alude a medidas como educación e información de personas consideradas particularmente vulnerables, a fin de evitar que sean víctimas de trabajo forzoso u obligatorio; educación e información de los empleadores, a fin de evitar que resulten involucrados en prácticas de trabajo forzoso u obligatorio; fortalecimiento de los servicios de inspección del trabajo; protección de las personas, en particular los trabajadores migrantes, contra posibles prácticas abusivas y fraudulentas en el proceso de contratación y colocación; acciones para abordar las causas generadoras y los factores que aumentan el riesgo de trabajo forzoso u obligatorio; entre otras.

4. Necesidad de distinción

Un punto central a tener en cuenta para abordar el caso de la Galería Nicolini es que los delitos que constituyen formas contemporáneas de esclavitud pueden presentarse en dos momentos distintos (OIT, 2018, p. 111). Por un lado, puede configurarse como la creación de condiciones para la explotación de seres humanos. El delito de trata de personas aborda estos supuestos al tipificar conductas como la captación, el traslado o la retención de personas con fines de explotación. Según el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Protocolo de Palermo), la trata de personas es “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o

beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”⁶. De la definición se extrae la regla de que no es necesario acreditar una forma de explotación efectiva para que se configure el delito de trata de personas. Justamente este delito sanciona las conductas anteriores que se realizan con la finalidad de explotación.

Por otro lado, las formas contemporáneas de esclavitud pueden consiguarse como actos de explotación efectiva. Es el caso de los delitos de trabajo forzoso, esclavitud y explotación sexual previstos en el Código Penal. Debe tenerse en cuenta que “la noción de trabajo forzoso se centra en los actos de explotación en sí mismos, por lo que resulta más amplia que la de trata de personas, que consiste en la realización de acciones previas que tienen como finalidad la explotación” (OIT, 2018, p. 112). En ese sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha ratificado que la noción de trabajo forzoso es más amplia que el concepto de trata de personas, por lo que resulta importante que las jurisdicciones nacionales cuenten con normas precisas, habida cuenta del principio de interpretación estricta de la ley penal (OIT, 2012, p. 137).

El Código Penal de Perú distingue estas dos clases de delitos, al haber previsto un capítulo de delitos de trata de personas y otro capítulo de delitos de explotación. Ahora bien, solo ha tenido en cuenta la relación secuencial que podría existir entre la trata de personas y el trabajo forzoso, al tipificar el segundo, en el que prevé como agravante que el trabajo forzoso se derive de una situación de trata de personas. Lo mismo sucede con los casos de esclavitud y explotación sexual. En el caso del delito de trata de personas no existe una agravante que tenga en cuenta la consumación material, esto es, la configuración efectiva de la finalidad de explotación. A partir de ello, cuando se presenta un caso de trata de personas que deriva en actos de explotación efectiva, una interpretación judicial correcta es aquella que observe el concurso aparente de normas entre los tipos penales de trata de personas y trabajo forzoso agravado por derivarse de una situación de trata de personas, y opte por la aplicación de este último.

6 Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_prev_repri_y_sanci_trata_pers_espe_muje_y_ni%C3%B1o_compl_conve_nu_contr_deli_org_trans.pdf

III. CASO DE LA GALERÍA NICOLINI

1. Hechos del caso

En el caso materia de comentario el Ministerio Público imputó a los condenados haber captado a cinco trabajadores, que se encontraban en una situación económica precaria, y haberles ofrecido un trabajo consistente en cambiar las etiquetas de fluorescentes de marca “Duratel” para colocarles la marca “Philips”, labor que debían efectuar en el almacén ubicado en el quinto piso de la Galería Nicolini. Según la acusación, los agraviados llegaban al centro comercial, se entrevistaban con la imputada, quien les explicaba las condiciones del trabajo, el sueldo que ganarían y los conducía al quinto piso donde el otro imputado les abría una puerta enrollable y les decía qué deberían hacer, para luego retirarse y cerrar con candado la puerta enrollable, dejando a los agraviados en el interior sin proveerles alimentos, en un lugar sin servicios higiénicos, con poca luz y ventilación, permaneciendo así diez horas al día. El 22 de junio de 2017 se produjo un incendio en la Galería Nicolini, producto del cual fallecieron dos de los trabajadores que no pudieron escapar al encontrarse encerrados en el quinto piso del local comercial. En base a estos hechos, el Poder Judicial emitió en primera y en segunda instancia sentencias condenatorias por el delito de “trata de personas agravada con fines de explotación laboral y esclavitud, y otras formas de explotación laboral”, imponiendo treinta y dos años de pena privativa de la libertad.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional

La condena emitida por el Poder Judicial fue recurrida ante la justicia constitucional. Es así que en definitiva instancia el Tribunal Constitucional emitió la STC N.º 01403-2024-PHC/TC, en la que estableció que la motivación de la condena impuesta contra los autores de estos hechos había incurrido en omisiones sustanciales que afectaban la debida motivación, el principio de interdicción de la arbitrariedad y el derecho fundamental a la defensa. Destaca el siguiente pasaje de la sentencia constitucional: “más allá de las antipatías que la accionante genera ante la opinión pública debido a que regentaba un negocio no solo al margen de la legalidad, sino contratando personas bajo términos objetivamente abusivos, algunas de las cuales lastimosamente fallecieron en el incendio acaecido el 22

de junio de 2017, la judicatura ordinaria tiene el ineludible deber de justificar, de modo suficiente, la sentencia condenatoria que fue dictada en su contra —y más concretamente, por qué lo que se atribuye se subsume en la tipificación de los delitos por los que fue condenada”.

Ante ello, el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú ordenó a la Corte Superior de Justicia de Lima que emitiera un nuevo pronunciamiento, que tuviera en cuenta cuatro cuestiones esenciales sobre el tipo penal imputado. En primer lugar, debía definir si existió realmente trabajo forzoso, con indicación concreta de la amenaza, medio coercitivo o forma de captación y retención. En segundo lugar, debía establecer si se configuró el delito en su modalidad agravada de esclavitud, lo que implicaría analizar si existió dominio, cosificación, imposibilidad real de autodeterminación y sometimiento total. En tercer lugar, debía aclarar la diferencia dogmática y fáctica entre explotación laboral y pésimas condiciones de trabajo, explicitando si hubo vicio del consentimiento, retención, engaño o coacción. Finalmente, debía tener en cuenta la incidencia de la precariedad económica de los agraviados y si ello había anulado o no su capacidad de consentimiento, precisando si la vulnerabilidad económica bastaba por sí sola para configurar trata de personas o esclavitud.

3. Sentencia de la Corte Superior

En base a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, el 12 de diciembre de 2025 la Décima Primera Sala Penal de Apelaciones de Lima emitió una nueva sentencia condenatoria en la que confirmó la condena por delito de trata de personas agravada a treinta y dos años de pena privativa de la libertad. Los jueces penales resumieron las cuatro cuestiones planteadas por el Tribunal Constitucional en cuatro preguntas: “1) ¿Hubo trabajo forzoso? ¿Cuál fue la amenaza o mecanismo de coacción?, 2) ¿Hubo esclavitud? ¿Se anuló completamente la autodeterminación y dignidad humana?, 3) ¿Las condiciones fueron explotación laboral o solo malas prácticas?, 4) ¿La pobreza vicia voluntad? ¿O fue aprovechada para someter a las víctimas?”.

En la redacción de su sentencia, los jueces penales parten de las premisas establecidas en el Acuerdo Plenario N.º 04-2023/CIJ-112 y recuerdan que el

delito de trata de personas es un delito de mera actividad. Explican que “la explotación —en cualquiera de sus formas— no constituye un resultado típico exigido para la consumación, aunque su concreción puede configurar agravantes o delitos autónomos” (fundamento sexto). Asimismo, sostienen que la doctrina de la vulnerabilidad establecida por la Corte Suprema de la República “se alinea con la situación de las víctimas de autos, quienes fueron captadas en condiciones económicas precarias, sin información adecuada y bajo falsas promesas, lo cual allanó el camino para su sometimiento posterior” (fundamento sexto). Añaden que “la imposición de encierro, la clausura de accesos y la supresión total de autonomía constituyen manifestaciones de trabajo forzoso en su forma más intensa, perfectamente compatibles con lo verificado en el caso” (fundamento sexto).

Acerca de la primera pregunta, los jueces penales establecen que el contenedor en el quinto piso cerrado con candado, la ausencia de ventilación, la escasez de servicios básicos y la acumulación de material inflamable no son meras “incomodidades laborales”, sino que constituyen una privación de las condiciones mínimas que permiten a un trabajador abandonar su actividad sin riesgo inminente. Para el Poder Judicial, se configura una amenaza efectiva propia del trabajo forzoso ante el riesgo objetivo de asfixia, incendio y muerte que sufrieron los trabajadores. El razonamiento central es el siguiente: “la retención del trabajador dentro del contenedor convertía el acto mismo de abandonar el lugar en una opción que ponía en riesgo la vida”, a lo que añade que “la Sala valora explícitamente cómo cada indicio enlaza con el siguiente: captación (entrevista), traslado (dirección al lugar), retención (candado), comunicación de auxilio (llamadas) y ocultamiento (fuga/negación)” (fundamento séptimo).

Con relación a la segunda pregunta, los jueces penales presentan el argumento más importante de toda la sentencia, que me permito transcribir: “No se trató de un accidente en abstracto: la imposibilidad material de evacuación fue producto directo del sistema de encierro instaurado, que dejó a las víctimas sin la posibilidad de proteger su vida” (fundamento séptimo). El Poder Judicial hace énfasis en el estado de cosas creado por la conducta de los condenados. Según este razonamiento, el explotador dispone de la vida de la persona, al someterla a encierro y a los efectos que este puede traer. En ese sentido, ya no resulta relevante que pudieran haber existido desplazamientos extralaborales

por la noche, ya que lo determinante es que durante la jornada de explotación se suprimió la autonomía de los trabajadores.

Con relación a la tercera cuestión, concluyen los jueces penales que las condiciones del caso no solo eran precarias, sino que implicaron privación de libertad, riesgo de muerte y ausencia de medios de autoprotección, lo que sitúa los hechos en el terreno del derecho penal. Añaden que “la repetición sistemática del patrón de captación-retención es un elemento que diferencia la explotación del simple incumplimiento laboral” (fundamento séptimo).

Finalmente, acerca de la cuarta pregunta, sostienen que la situación de vulnerabilidad económica de las víctimas fue utilizada para crear en ellas una situación irreversible de sometimiento. En palabras de los jueces penales, “en este caso la pobreza fue el medio de captación; la esclavitud y el trabajo forzoso fueron los fines instrumentales de la actividad explotadora” (fundamento séptimo).

4. Análisis penal

La sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima es un aporte significativo en el ámbito de la reacción penal frente a formas contemporáneas de esclavitud en Perú. El caso de la Galería Nicolini muestra los tres grandes retos que tiene el sistema de justicia penal frente a las formas contemporáneas de esclavitud. A continuación, analizo cómo los jueces penales los han abordado.

A) Medios de comisión

La Corte Superior de Justicia de Lima ha resaltado los medios de comisión específicos de los delitos contra la dignidad humana, logrando de forma eficiente distinguirlos de las infracciones de la normativa laboral. En mi opinión, recurre a dos niveles de argumentación. Por un lado, sostiene que la realización del trabajo bajo riesgo constituye un indicio de relevancia penal, lo que es admisible desde el principio de mínima intervención, pero plantea dudas acerca de si la relevancia penal sea necesariamente a título de una forma de explotación o de un delito común como lesiones o exposición al peligro. Por otro lado, argumenta

con mayor fundamento que el contexto -en este caso, de encierro- influye en la privación de condiciones mínimas de trabajo, que va más allá de violaciones del Derecho Laboral.

El Poder Judicial ha tenido en cuenta, a mi criterio correctamente, la existencia de tres tipos de medios de comisión de las formas contemporáneas de esclavitud, incluidos la trata de personas y los delitos de explotación. En primer lugar, los medios de comisión violentos, que incluyen la violencia física, la violencia sexual, la violencia psicológica, las amenazas condicionadas, las amenazas no condicionadas. En segundo lugar, los medios de comisión fraudulentos, que incluyen el engaño, el fraude, el ardid, el ocultamiento de información. En tercer lugar, los medios de comisión no convencionales, muy comunes en las formas contemporáneas de esclavitud, que las distinguen del concepto clásico de esclavitud. Aquí se encuentran medios como el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima (que puede deberse a factores económicos, sociales, personales, familiares, etc.), el abuso de relaciones de poder o confianza, la explotación económica. Teniendo en cuenta ello, los jueces penales sortean con pericia el fuerte argumento de que los agraviados se desplazan por la noche a sus casas y sostienen que los condenados crearon un estado de cosas en el que disponían de la vida de los agraviados, suprimiendo su autonomía durante la jornada laboral, lo que resulta suficiente para configurar una forma contemporánea de esclavitud.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hace más de una década sostuvo: “La palabra “esclavitud” abarca en la actualidad diversas violaciones de los derechos humanos. Además de la esclavitud tradicional y la trata de esclavos, comprende abusos tales como la venta de niños, la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía, la explotación del trabajo infantil, la mutilación sexual de las niñas, la utilización de niños en los conflictos armados, la servidumbre por deudas, la trata de personas y la venta de órganos humanos, la explotación de la Prostitución y ciertas prácticas del régimen de apartheid y los regímenes coloniales”.

B) Indicadores probatorios

La Corte Superior de Justicia de Lima, guiada por la sentencia del Tribunal Constitucional, ha recurrido a la aplicación de un estándar de indicadores probatorios, mostrando la necesidad de acercar la teoría del delito al proceso penal (CORCOY, 2008, p. 264). A efectos de acreditar la situación de amenaza propia del trabajo forzoso, los jueces penales sostienen que en el caso se han probado circunstancias objetivas como la imposición de encierro, la clausura de accesos, la ubicación del contenedor, la existencia del candado, la ausencia de ventilación, la escasez de servicios básicos en el lugar de trabajo, la acumulación de material inflamable. A partir de ello realizan una doble inferencia. Por un lado, la inferencia de que los condenados crearon una situación de riesgo típica consistente en el despliegue de acciones de sometimiento de los agraviados. Por otro lado, la inferencia de que los condenados actuaron con conocimiento del riesgo típico creado.

La respuesta que el Poder Judicial brinda al Tribunal Constitucional pone en evidencia la importancia de que el razonamiento judicial parta de premisas claras de valoración de la prueba. Es evidente que no existen conclusiones de las controversias jurídicas que puedan ser expresadas con absoluta seguridad, por lo que es habitual que se recurra a conceptos probabilísticos en las inferencias que realice el juez penal. En ese sentido, cada inferencia, entendida como el proceso de pensamiento mediante el cual se razona desde la prueba hacia la comprobación (WIGMORE, 1935), depende de una generalización, que es “una proposición general que se asume como verdadera y que se usa para argumentar implícita o explícitamente que una conclusión ha sido probada” (ANDERSON ET AL, 2016, pp. 447-448).

Si bien es cierto que las generalizaciones en el razonamiento judicial permiten acercar la estructura probatoria a la forma cotidiana en que las personas generan conocimiento, es necesario tener en cuenta que existen diferentes grados y formas de realizar el proceso de inferencia. No es lo mismo recurrir a proposiciones verificadas y generalmente aceptadas (por ejemplo, la ley de gravedad) que a intuiciones sin verificar o incluso imposibles de verificar (por ejemplo, la perspectiva que asume que escapar de la escena del crimen es una prueba de

culpabilidad) o, lo que es peor, a prejuicios sin fundamento que se basan en estereotipos falsos (por ejemplo, prejuicios basados en género, raza, clase o edad).

Al contar con indicadores probatorios se reduce el riesgo de sesgos cognitivos que puedan afectar el proceso de inferencia (NIEVA, 2010, pp. 95 y 129). En ese sentido, resultan fundamentales los indicadores probatorios de trabajo forzoso de la Organización Internacional del Trabajo. Según OIT, los indicadores representan “los signos más comunes o “pistas” que apuntan a la posible existencia de un caso de trabajo forzoso” (OIT, 2011). Se trata de una herramienta que tiene por objeto ayudar a los operadores del sistema de justicia a identificar a las personas “atrapadas en una situación de trabajo forzoso”. Son once indicadores: abuso de vulnerabilidad, engaño, restricción de movimiento, aislamiento, violencia física y sexual, intimidación y amenazas, retención de documentos de identidad, retención de salarios, servidumbre por deudas, condiciones de vida y de trabajo abusivas, exceso de horas extra. En el caso de la Galería Nicolini, el Poder Judicial recurre en su razonamiento probatorio a indicadores como el encierro (restricción de movimiento), intimidación (aprovechamiento de las carencias económicas de los agraviados), las condiciones de trabajo abusivas (ausencia de servicios básicos), entre otros. Se trata de indicadores objetivos que refuerzan la conclusión de condena.

Más allá de lo expuesto, preocupa alguna arista del razonamiento probatorio cuando en la sentencia se sostiene que los indicios de actitud evasiva de la acusada, su huida y contradicciones aportarían “elementos subsiguientes” que reforzarían la inferencia inicial. El recurso a dicho tipo de sustento crea una línea muy difusa con el Derecho Penal de Autor, que debiera ser evitada (GÓMEZ, 2007).

C) Límites entre la trata de personas y los delitos de explotación

No quedan dudas de la relevancia penal del caso de la Galería Nicolini. Tampoco me parece debatible que nos encontramos frente a la configuración de formas contemporáneas de esclavitud que trascienden delitos tradicionales como la exposición al peligro, las lesiones o el homicidio. En ese sentido, la sentencia emitida el 12 de diciembre de 2025 por la Décima Primera Sala Penal

de Apelaciones de Lima es un avance importante, especialmente en lo que se refiere al establecimiento de criterios jurisprudenciales que permitan distinguir la relevancia penal de un caso en el ámbito laboral. Sin embargo, preocupa la falta de nitidez en la aplicación de criterios específicos que diferencien los casos de trata de personas de los casos de trabajo forzoso que se deriven de una situación de trata de personas. El razonamiento que exponen los jueces penales en este punto se resume en la siguiente cita: “la Sala realiza una ponderación normativa sobre la calificación penal: la concurrencia del trabajo forzoso, la explotación y la existencia de un régimen de dominio permiten encuadrar las conductas en el tipo de trata con fines de explotación laboral y en la figura de esclavitud” (fundamento séptimo). Al respecto, cabe hacer tres observaciones.

La primera observación tiene que ver con la necesidad de distinguir la conducta objetiva que se imputa de los fines con los que dicha conducta se realiza. En el delito de trata de personas, la conducta típica debe consistir necesariamente en la creación de condiciones para la explotación humana (por ejemplo, captación, traslado, retención), mientras que en los delitos de explotación como el trabajo forzoso, la conducta típica se centra en el acto de explotación en sí mismo. Respecto de la imputación subjetiva, en el delito de trata de personas, la conducta de creación de condiciones para la explotación se realiza con fines de explotación. Es decir, en los casos de trata de personas se sanciona la realización de conductas con fines de trabajo forzoso o incluso esclavitud, más no se sanciona el acto de sometimiento efectivo a dicha explotación. En el caso se concluye la existencia de un delito de trata de personas con fines de explotación laboral como consecuencia de haber efectuado la verificación objetiva de una situación de trabajo forzoso. Se deja de lado la premisa -expuesta en la misma sentencia judicial- de que para la consumación de la trata de personas no es necesario verificar la explotación efectiva de la víctima. En este caso pareciera no ser trascendente, ya que se termina aplicando una pena incluso más severa que la del delito de trabajo forzoso agravado (severidad que se debe al resultado muerte ocurrido); sin embargo, puede ser un peligroso precedente para aquellos casos en los que se archiva la persecución penal por trata de personas en base al argumento -incorrecto- de que no se ha configurado una situación de explotación. Esto ha ocurrido incluso en ejecutorias de la Corte Suprema de la República como la emitida en el Recurso de Nulidad N.º 2349-2014-Madre de Dios.

La segunda observación se refiere a la omisión en que incurre la sentencia judicial al no valorar el concurso aparente de normas que existiría en el caso. Al respecto, como es natural que muchos casos de trata de personas deriven en una situación de trabajo forzoso o esclavitud, el legislador penal ha previsto formas agravadas de estos dos últimos delitos cuando se derivan de una situación de trata de personas. En consecuencia, en base a las reglas del concurso aparente de normas, debiera aplicarse el principio de consunción, según el cual entre dos normas penales aplicables a un caso concreto, se impone la norma penal que abarca el contenido típico de la otra. En el caso, entre los tipos penales de trata de personas y trabajo forzoso derivado de una situación de trata de personas, debiera aplicarse solamente el último. Por el contrario, lo que hace la sentencia materia de análisis es aplicar el primer tipo penal -agravado por el resultado muerte- sin brindar mayor justificación de por qué descarta el tipo penal de explotación.

La tercera observación tiene que ver con el concepto de esclavitud que maneja la sentencia judicial. Llama la atención que se califiquen los fines de explotación de la trata de personas simultáneamente como trabajo forzoso y esclavitud, cuando debiera existir una valoración distinta de su nivel de gravedad. No dudo de la gravedad del caso, no solo por el resultado producido, sino también por el grado de sometimiento efectivo de los trabajadores, quienes vieron lesionada su libertad y su dignidad. Sin embargo, la tipificación de distintas formas de explotación (léase, trabajo forzoso, esclavitud y explotación sexual) está orientada a distinguir grados distintos de afectación dentro del terreno de la relevancia penal. Por ello, se asigna una penalidad distinta a los casos de trabajo forzoso frente a los supuestos de esclavitud. Si bien el legislador no proporciona un concepto específico de la esclavitud, la penalidad del delito permite interpretar su mayor gravedad frente a los casos de trabajo forzoso. La propia sentencia judicial hace referencia a los casos de cosificación del trabajador como supuestos de esclavitud, a lo que podrían sumarse supuestos de compra-venta de seres humanos, aislamiento permanente y pérdida de la autonomía. Sin embargo, no llega a ser convincente en cómo fundamenta que en el caso de la Galería Nicolini se habría producido un supuesto de esclavitud. Todo parece más bien indicar que estamos frente a un típico caso de trabajo forzoso, en el que las víctimas han sido sometidas a prestar un servicio en contra de su voluntad y en el que se ha recurrido a medios como el encierro, el engaño y el

aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad económica y educativa de los agraviados. Esos son características del trabajo forzoso como figura nuclear de las formas contemporáneas de esclavitud. Existe, sin lugar a dudas, reducción del trabajador a objeto de dominio mientras realiza la actividad laboral; sin embargo, no presenta la sentencia judicial argumentos convincentes de que dicha reducción sea permanente, irreversible y de la mayor intensidad posible, como exigiría una imputación por esclavitud. Utilizar el resultado producido como argumento para avalar una imputación por esclavitud es incorrecto, ya que no se analiza el desvalor de acción, núcleo de la imputación.

IV. CONCLUSIÓN

La sentencia emitida en el caso de la Galería Nicolini es un importante avance en la jurisprudencia peruana sobre formas contemporáneas de esclavitud. Se ha logrado distinguir las características de una conducta delictiva en el ámbito laboral y delimitarla de las meras infracciones a la normativa laboral. Se ha efectuado además una correcta aplicación de indicadores probatorios de la explotación, a través de un juicio de inferencia bien construido. Sin embargo, la tarea de delimitar adecuadamente los tipos penales aplicables en un caso de formas contemporáneas de esclavitud permanece pendiente. Ello a pesar de que el legislador penal ha sido claro en distinguir los momentos de creación de condiciones para la explotación y de explotación en sí misma. La supuesta necesidad de aplicar una mayor penalidad, que en estos casos siempre será muy elevada, no puede ser la excusa para desatender un concurso aparente de normas y no calificar adecuadamente los hechos. Más allá de ello, desde la publicación del Decreto Legislativo N.º 1323, la emisión de la sentencia judicial comentada es un significativo logro para nuestro sistema de justicia penal.

V. REFERENCIAS

- Anderson, T., Schum, D., Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Marcial Pons.
- CORCOY BIDASOLO, M. (2008). *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. 2ª ed. B de F.

- Espaliú, C. (2014). “La definición de esclavitud en el derecho internacional a comienzos del siglo XXI”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.
- Gallo, P. (2022). “La explotación laboral en Argentina: Problemática y propuesta legislativa”. En *OIT. V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud. Veinte años después del Protocolo de Palermo*. Tomo I.
- García Sedano (2018). “En las antípodas del trabajo decente: El trabajo forzoso”. *Lan Harremanak*/39.
- Gómez, V. (2007). *El Derecho penal de autor*. Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal Parte General*. Reppertor.
- Montoya, Y. (2018). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Idehpucp.
- Narayan Datta, M. y Bales, K. (2013). “Slavery in Europe: Part 1, Estimating the Dark Figure”. *Human Rights Quarterly*, Vol. 35.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1991). *Formas Contemporáneas de la Esclavitud. Folleto informativo 14*.
- Organización Internacional del Trabajo (2011). *ILO Indicators of Forced Labour*. Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo (2012). *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión.
- Organización Internacional del Trabajo (2018). *Módulo de capacitación para operadores de justicia. Trabajo Forzoso y otras formas de esclavitud moderna en Perú*. Lima.
- Organización Internacional del Trabajo (2022). *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna. Trabajo forzoso y matrimonio forzoso*. Ginebra.

Sánchez-Málaga, A. (2020). *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*. Marcial Pons.

Wigmore, J. (1935). *A Students' Textbook of the Law of Evidence*. The Foundation Press Inc.

Wigmore, J. (1937). *The Science of Judicial Proof, as Given by Logic, Psychology, and General Experience and Illustrated in Judicial Trials*. 3a ed. Little Brown.

La tercerización laboral, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 030-2024-PA/TC

Labor Outsourcing, considering the Constitutional Court Judgment Issued in Case No. 030-2024-PA/TC

ROLANDO ENRIQUE UBILLÚS BRACAMONTE*

Profesor de posgrado de la Universidad Continental
Correo electrónico: rolandoubillus@gmail.com.
Código ORCID: 0000-0002-2109-4187.

RESUMEN: El artículo analiza la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 03097-2024-PA/TC relativa a la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio, establecida por el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR. Se examina el problema constitucional de la procedencia del proceso de amparo contra normas reglamentarias y la relación entre el control difuso y el proceso de acción popular. Asimismo, se estudia el concepto jurídico de tercerización laboral en el ordenamiento peruano y su vínculo con la libertad de empresa. El trabajo sostiene que la introducción reglamentaria del concepto de “núcleo del negocio” podría exceder la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y afectar principios como la legalidad y la jerarquía normativa. Finalmente, se propone una reinterpretación de la organización laboral en contextos de descentralización productiva, considerando que la empresa puede configurarse como una organización integrada por múltiples sujetos empresariales cuyos efectos deben analizarse desde la perspectiva de los derechos laborales.

ABSTRACT: This article analyzes the Constitutional Court ruling in Case No. 03097-2024-PA/TC concerning the prohibition of outsourcing activities that belong to the “core business” of a company, introduced by Supreme Decree No. 001-2022-TR. It examines the constitutional issue of the admissibility of amparo proceedings against regulatory norms and the relationship between diffuse constitutional review and the popular action process. The study also addresses the legal concept of labor outsourcing in the Peruvian legal system and its connection with the constitutional freedom of enterprise. The paper argues that the regulatory introduction of the “core business” concept may exceed the Executive’s regulatory powers and undermine principles such as legality and normative hierarchy. Finally, it proposes a reinterpretation of labor organization in contexts of productive decentralization, recognizing that the enterprise may operate as a multi-entity organizational structure whose effects must be assessed from a labor-rights perspective.

* Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Miembro del Equipo de Trabajo del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, innovación y Universidades de España. Código 2025/00258/001.

PALABRAS CLAVE: Tercerización laboral, núcleo del negocio, La organización laboral, actividad principal, outsourcing.

KEY WORDS: Labor outsourcing, core business, labor organization, main activity, outsourcing.

SUMARIO: I. Cuestión previa: evolución de la organización empresarial y descentralización productiva. II. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional. *1. Petitorio de la demanda. 2. Instancias inferiores. 3. Resoluciones de Indecopi. 4. Cuestiones a resolver. 5. Procedencia del proceso de amparo contra una norma. 6. Procedencia del amparo contra una norma jurídica suspendida. 7. Control de la constitucionalidad del D.S. 001-2022-TR: ¿Es constitucional la prohibición de la tercerización del núcleo del negocio?* A. Noción de tercerización. B. La inconstitucionalidad del D.S. 01-2022-TR y una nueva noción de organización laboral dentro de la tercerización. III. Conclusiones. IV. Referencias.



I. CUESTIÓN PREVIA: EVOLUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

268

Dentro de los países del primer mundo, desde finales del siglo XIX hasta la década de los setenta del siglo pasado la empresa estructurada, generalmente, bajo la figura jurídica de una sociedad mercantil –y, en particular, de una sociedad anónima– se convirtió en la panacea jurídica del tipo de organización empresarial que exigía el sistema capitalista (Díez-Picazo & Gullón, 2012: 508), debido a que ofrecía dos importantes ventajas para el desarrollo de su actividad económica, como son: la limitación de la responsabilidad de los socios a su aporte social y la división del capital en acciones.

La limitación de la responsabilidad de los socios significa que estos no responden personalmente de las deudas de la sociedad, sino que es esta la que responde con su propio patrimonio, el cual inicialmente solo está conformado por los aportes que han realizado los socios; es por ello que usualmente se afirma que el socio solo responde con su aporte social. Por su parte, la división del capital en acciones permite obtener inyección de capital fuera de la clase capitalista mediante el aliciente de poder participar en los beneficios de la actividad

empresarial, restringiendo los riesgos y con la ventaja adicional de poder disponer de la acción como un título valor (Desdentado & Desdentado, 2014:22).

Esta gran empresa del capitalismo se estructuró bajo el modelo de organización empresarial «fordista», caracterizada por ser autosuficiente, independiente y con personería jurídica propia (Cruz, 1999: 35-36).

En un entorno económico estable y previsible, el sistema fordista permitió un crecimiento exponencial de la organización empresarial, lo que dio lugar a la «gran corporación»; llegando a constituir –para las ciencias empresariales de la época– el único modelo de organización comprensible de toda actividad empresarial eficaz (Baz, 2002: 12).

Sin embargo, a partir de la segunda mitad de la década de los setenta del siglo pasado se produjo una importante crisis en la economía occidental (Ojeda, 2009: 55), como respuesta a: la aparición de países emergentes, las bruscas fluctuaciones de los precios de los productos energéticos, la extensión del sector servicios en detrimento de la producción industrial, el aumento de los costes laborales (Zufiaur, 2005: 1157 y ss) y –principalmente– al desarrollo tecnológico (Castells, 2011: 59 y ss) y la globalización de la economía (Stiglitz, 2007: *passim*), entre otros factores, que promovieron la liberación de los mercados reales y financieros a escala internacional (Rivero, 2000: 29-32).

Esta situación ocasionó que las grandes empresas buscaran incrementar la productividad con la finalidad de reducir los costes de producción, es decir, la creación de una «economía de escala» (Vizcarra, 2014: 111-112). Lo que demandó una mayor dimensión de las unidades productivas de la clásica empresa societaria individual (hoy calificada como «sociedad-isla») (Broseta & Martínez, 2015: 63) con la finalidad de buscar una mayor flexibilidad, competitividad y adaptación a la realidad socio-económica fluctuante (Regini, 1990: 15-22).

Así, en una primera etapa de evolución, la empresa tradicional trató de responder a las nuevas exigencias del mercado a través de su propio crecimiento y expansión «interna»; mediante aumentos de capital, emisión de obligaciones, apertura de sucursales, creación de centros de trabajo, instauración de servicios

independientes de investigación y/o desarrollo (Fuentes, 2007: 41), entre otras medidas de organización, que seguían respondiendo al sistema jurídico-económico fordista, dado que la organización empresarial continuaba siendo representada por una sola empresa, con personalidad jurídica propia e independiente.

Asimismo, en la búsqueda por obtener un mayor capital para financiar la ampliación de los mercados se recurrió al mecanismo tradicional de concentración: la fusión mercantil. Este mecanismo de concentración empresarial se produjo, generalmente, entre empresas que ocupaban el mismo estado de producción (Palomeque, 2010: 222); aunque, a diferencia de las fusiones del pasado, estas se realizaron a nivel internacional con la intención de tratar de obtener el control sobre el mercado mundial.

Todas estas medidas de reestructuración causaron que la organización empresarial aumentara su poder y su cuota en el mercado; sin embargo, la realidad demostró que a partir de un cierto nivel de crecimiento la empresa empezaba a padecer problemas de «gigantismo» (Fuentes, 2007, 41-42), esto es, dificultades de organización, de eficiencia productiva y de burocracia competencial entre los órganos de la empresa, que impedían una gestión ágil y eficaz ante los continuos cambios de la realidad socio-económica (Pérez de los Cobos, 2000, p. 631). Por lo tanto, dentro de este nuevo contexto, la gran organización empresarial fordista, lejos de ser una ventaja, se convirtió en un símbolo de inflexibilidad (Micklethwait, y Wooldridge, 2003: 158).

Debido a ello y en la búsqueda de una mayor flexibilidad de las organización empresarial, las empresas abandonaron el crecimiento dimensional en favor de fórmulas de organización tendentes hacia el «exterior» (Loffredo, 2010: 27), en virtud de las cuales la elaboración de un bien o la prestación de un servicio no se realiza mediante una sola empresa, sino a través un conjunto de empresas o sujetos económicos vinculados –por distintos tipos de relaciones de complementariedad, cooperación y/o coordinación– bajo las más diversas formas jurídicas: civiles y/o mercantiles. (Castro, 2007: *passim*).

Entre las diversas formas de organización empresarial hacia el exterior aparecieron, entre otras: 1) el arrendamiento de servicios a través de diversas

formas jurídicas de vinculación empresarial, tales como: mercadotecnia, *factoring*, *merchandising*, *engineering*, *renting*, concesión, transporte, franquicia, entre otros supuestos próximos al contrato de suministro; 2º) los trabajadores independientes; 3º) el trabajo a distancia, 4) el teletrabajo, 5) intermediación laboral (“services”), 6) los grupos de empresas, 7) las empresas en red y, por supuesto, 8) los supuestos de tercerización laboral (Villavicencio, 2000: 81 y ss). a través de las contratas y subcontratas de obras y servicios, que son el objeto de estudio del presente artículo.

El fenómeno de la descentralización productiva en general y de la tercerización, en particular, es un reflejo de la globalización de la economía mundial, por ello no permanece circunscrito al ámbito territorial de un solo Estado o país. Así, en el Perú, la tercerización se introdujo hace aproximadamente 18 años, mostrando un desarrollo incipiente durante su primera década (Rodríguez, 2018); no obstante, a partir del 2018, su crecimiento se volvió exponencial, abarcando tanto servicios complementarios como actividades neurálgicas del giro del negocio. En la actualidad, la mayoría de las empresas tercerizadoras se especializan en limpieza, reclutamiento, transporte, contabilidad y servicios de centros de atención telefónica (Puntriano, 2025: 43-44).

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Petitorio de la demanda

El 2 de octubre del 2025, el Tribunal Constitucional publicó en su página web la sentencia del Pleno, núm. 170/2025, recaída en el expediente 03097-2024-PA/TC, que resolvió el recurso de agravio constitucional, dentro del proceso de amparo, iniciado el 13 de abril del 2023 por Lima Airport Partners, S.R.L. (en adelante: LAP), contra: i) la Presidencia de la República, ii) la Procuraduría General del Estado, iii) el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante: MTPE) y iv) la Procuraduría del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

De la sentencia y de los votos emitidos se desprende que el petitorio de la demanda es que se declare la inaplicación a la accionante (LAP) del Decreto

Supremo n.º 001-2022-TR, el cual modificó el Reglamento de la Ley de Terceización. En específico, la demanda cuestiona la facultad de la Sunafil para inspeccionar y sancionar la prohibición de la terceización de actividades que formen parte del núcleo del negocio de la empresa; en vista que su incumplimiento no solo acarrea sanciones administrativas, sino también la desnaturalización del contrato y el consecuente deber de la empresa principal de asumir la condición de empleador de los trabajadores terceizados.

En consecuencia, la demandante peticiona se deje sin efecto todo acto derivado de la referida norma reglamentaria, aún si fuera derogada, y que se reponga las cosas al estado anterior a la vulneración a los derechos fundamentales.

La parte actora añade que los principios quebrantados serían los siguientes: 1) el principio de legalidad, 2) el principio de jerarquía normativa, 3) el principio de seguridad jurídica, 4) el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Además, afirma que la norma reglamentaria aludida vulnera los derechos reconocidos constitucionalmente en los siguientes preceptos de la misma: 2.14 (libertad de contratación), 2.24.a (principio de vinculación negativa a la ley), 2.24.d. (principio de tipicidad o taxatividad), 59 (derecho a la libertad de empresa), 62 (intangibilidad contractual) y 139 (tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso).

Es importante resaltar que la Sunafil, mediante la Resolución n.º 428-2022-Sunafil, del 22 de agosto del 2002, aprobó el Protocolo n.º 001-2022-SUNAFIL/DINI, con el cual se reguló el protocolo de actuación de la Sunafil para la Fiscalización de la Terceización Laboral.

2. Instancias inferiores

Dentro de este proceso constitucional, en primera instancia, el juzgado declaró fundada la demanda y dispuso la inaplicación de la referida norma reglamentaria, por considerar que vulneraba la libertad de empresa y el derecho de contratación.

Por su parte, en segunda instancia, la Primera Sala Constitucional de Lima revocó la apelada y declaró fundada la excepción de incompetencia por razón de la materia deducida por la Procuraduría del Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo; argumentando que el objeto del proceso de amparo viene siendo discutido en un proceso de acción popular (Exp. 00756-2022-0-1801-SP-DC-03).

3. Resoluciones de Indecopi

El Tribunal Constitucional advierte, también, que la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (en adelante: SEL), a través de la Resolución n.º 0355-2022/SEL-INDECOPI, del 30 de septiembre del 2022, y al amparo del Decreto Legislativo n.º 1256 (que aprueba la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas) dispuso que el MTPE y la Sunafil se abstengan de inspeccionar y sancionar a cualquier administrado sobre conductas relacionadas con la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa, hasta que se emita un pronunciamiento definitivo por parte de la SEL, en el marco del procedimiento principal tramitado bajo el Expediente 000070-2022/CEB.

Además, el máximo intérprete de la constitucionalidad señala que existen otras resoluciones del SEL que han resuelto la suspensión de los efectos del referido Decreto Supremo n.º 001-2022-TR, hasta que se resuelva la controversia sobre la constitucionalidad del referido reglamento por parte de la Corte Suprema; dado que, como ya hemos adelantado, en dicha instancia suprema del Poder Judicial se encuentra en trámite un proceso de acción popular entablado contra el aludido decreto supremo, al amparo de lo previsto en el art. 200.5 de la Constitución, en concordancia con el art. 74 del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley n.º 31307. (A la fecha de expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional, se encuentra acumulados los siguientes expedientes de acción popular: 00420-2022-0-1801-SP-DC-02; 00514-2022-0-1801-SP-DC-02; 00417-2022-2022-0-1801-SP-DC-02 y 00756-2022-0-1801-SP-DC-03).

4. Cuestiones a resolver

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, el Tribunal Constitucional pasa a resolver 4 cuestionamientos:

- a) Es posible instaurar un proceso de amparo contra una norma jurídica (Decreto Supremo 001-2022-TR), teniendo en cuenta que el art. 200.2 de la Constitución establece que: *“la acción de amparo (...) no procede contra normas legales (...)”*.
- b) Es jurídicamente posible que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, teniendo en cuenta que el Poder Judicial se va a pronunciar al respecto en un proceso de acción popular.
- c) ¿Procedente el amparo contra una norma jurídica suspendida?, teniendo en cuenta que la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, dispuso que el MTPE y la Sunafil se abstengan de inspeccionar y sancionar a cualquier administrado sobre conductas relacionadas con la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa.
- d) ¿Es constitucional la prohibición de la tercerización del núcleo del negocio, que establece el Decreto Supremo 001-2022-TR?

5. Procedencia del proceso de amparo contra una norma

Para determinar si es posible instaurar un proceso de amparo contra una norma jurídica (Decreto Supremo 001-2022-TR), debemos tener presente -en primer lugar- que el art. 200.2 de la Constitución establece que: *“la Acción de Amparo (...) no procede contra normas legales (...)”*.

La sentencia objeto de comentario inicia su argumentación señalando que nuestra Constitución Política ha incorporado de forma diferenciada dos modelos de control de la constitucionalidad: i) el control difuso, que es el modelo de control norteamericano (Sic: estadounidense) y ii) el control concentrado de origen europeo continental.

Ambos modelos de control constitucional buscan garantizar el principio de jerarquía normativa (previsto en el art. 51 de nuestra Carta Magna), por el cual, la Constitución debe prevalecer sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Así lo estipula el art. 74 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Ahora, existen dos procesos de control normativo: i) el proceso de inconstitucionalidad y ii) el proceso de acción popular.

Por el primero, el proceso de inconstitucionalidad, previsto en el art. 200.4 de la Constitución, se controla la validez formal y/o sustancial de las normas con rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales) que contravengan la Constitución. Este control constitucional es exclusivo del Tribunal Constitucional, en virtud de lo previsto en el art. 202.1 de nuestra Carta Magna.

Por su parte, en función de lo previsto en el art. 200.5 de la Constitución, en concordancia con el 75 del Nuevo Código Procesal Constitucional, la acción popular procede contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de naturaleza general, independientemente de la autoridad emisora, cuando estos infrinjan la Constitución o la ley. Asimismo, este mecanismo de control constitucional resulta procedente frente a vicios de forma, específicamente cuando dichas normas infralegales no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. Dicho marco normativo guarda coherencia con el art. 118.9 de la Constitución, el cual, si bien reconoce la potestad reglamentaria del presidente de la República, la sujeta al deber de no transgredir ni desnaturalizar las leyes.

Este proceso de control constitucional solo procede ante el Poder Judicial (*ex. Art. 84 del Nuevo Código Procesal Constitucional*). Además, sobre este tipo de control constitucional es importante resaltar dos particularidades: En primer lugar, la amplia legitimación activa; dado que cualquier persona se encuentra facultada para instaurarla sin necesidad de acreditar un interés propio.

En segundo lugar, este proceso procede contra cualquier norma reglamentaria o administrativa de alcance general (lineamientos, protocolos o directivas) que regule una ley o las relaciones entre la Administración pública y los ciudadanos. Es importante precisar que, de acuerdo con el art. I del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, el concepto de Administración pública no se limita al Poder Ejecutivo, sino que también incluye al Poder Judicial (art. 143 Constitución, 81 y 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), algunos órganos al servicio del Congreso (arts. 94 Constitución) y 39 del Reglamento del Congreso), a los gobiernos regionales y a los órganos constitucionales autónomos y todos aquellos que ejercer potestad administrativa (arts. 20, 82, 84, 87, 150, 151, 158, 161, 176, 178, 182, 183, 191 y 197 de la Constitución),

Por su parte, el control difuso, previsto en el segundo párrafo del art. 138 de la Constitución establece que: “(...) en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Este control de la constitucionalidad consiste en inaplicar una norma contraria a la Constitución al caso en concreto, siempre que sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Ahora, la inaplicación de la norma se realiza siempre y cuando la constitucionalidad de la norma no haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular (*ex. Art. VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional*).

Por consiguiente, el control difuso puede ser aplicado por cualquier juez (*ex. 138 de la Constitución*) y por el Tribunal Constitucional en todo proceso constitucional (*ex. 201 de la Constitución*). Esta última afirmación, permite concluir que el Tribunal Constitucional puede dentro de un proceso de amparo inaplicar una norma legal o infralegal (en este caso el Decreto Supremo 001-2022-TR) en el caso que se acredite la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la parte accionante.

No obstante, habría una posible contradicción con el art. 200.2 de la Constitución, que –como ya hemos adelantado– establece que: “*la Acción de*

Amparo (...) no procede contra normas legales (...); sin embargo, el art. 8 del Nuevo Código Procesal Constitucional señala que el amparo procede frente actos basados en normas; expresamente el referido precepto señala que: “cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución (...)”.

Esa aparente contradicción se resuelve considerando que la inaplicación de una norma, a través del proceso de amparo, en el cual se aplica el control difuso, es con respecto a un caso en concreto y no en abstracto; dado que el control de la constitucionalidad en abstracto de una norma se encuentra reservado al proceso de inconstitucionalidad (para las normas con rango de Ley) o del proceso de acción popular (para las normas infralegales de carácter general), según corresponda.

En consecuencia, una interpretación sistemática y *pro homine* de la Constitución permite que, ante una *incompatibilidad insalvable* entre nuestra Norma Fundamental y una de rango legal o infralegal, los jueces prefieran la de mayor jerarquía. Este mandato, sustentado en los arts. 51 y 138 de la Constitución, faculta al juzgador en un proceso de amparo a ejercer el control difuso para evitar la vulneración de derechos fundamentales *en un caso concreto*. De este modo, la improcedencia del amparo contra normas legales (previsto en el art. 200.2 de la Constitución) se circunscribe exclusivamente al cuestionamiento de la norma en abstracto, mas no a su inaplicación cuando esta resulta lesiva en una situación concreta.

Bajo estas consideraciones, la interrogante sobre si el Tribunal Constitucional puede pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR —pese a existir un proceso de acción popular pendiente— se resuelve de la siguiente manera: el Tribunal constitucional, en el presente proceso de amparo, es competente para evaluar la norma en el caso concreto (específicamente respecto a la empresa LAP), mientras que el Poder Judicial, a través de la acción popular, determinará la constitucionalidad de dicho reglamento en abstracto.

6. Procedencia del amparo contra una norma jurídica suspendida

Establecida la procedencia del denominado amparo contra normas, a continuación, el Tribunal Constitucional consideró que el D.S. 001-2022-TR no genera efectos sobre la demandante (LAP), debido a que el Indecopi, mediante resoluciones de la SEL, suspendió dicha norma hasta la resolución del proceso de acción popular; sin embargo, una medida cautelar no constituye un pronunciamiento definitivo en sede administrativa ni judicial; por lo tanto, no cabe alegar una sustracción de la materia ni, mucho menos, desconocer la eficacia de dicha resolución sobre el administrado (como lo reconoce el voto singular el magistrado Hernández Chávez).

El Tribunal Constitucional ratificado su competencia para evaluar la constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, independientemente de la existencia de un proceso de acción popular en curso. Esta facultad se sustenta en la naturaleza distinta de ambos mecanismos: mientras que el proceso de amparo exige un análisis de constitucionalidad sobre un caso concreto, la acción popular se limita al control de la norma en abstracto.

Con relación a la constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, el Tribunal Constitucional considera de acuerdo con el art. 2 y 5 de la Ley n.º 29245 y del Decreto Legislativo n.º 1038 se encuentra prohibido la sola provisión de personal y que el contrato de tercerización se desnaturaliza cuando ocurre esto.

Ahora, el Tribunal Constitucional considera que el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR tiene por finalidad evitar la sola provisión de personal, al prohibir la tercerización de actividades que forme parte del núcleo del negocio. Y, que, si bien es cierto por el ejercicio de la libertad de empresa, el empresario puede organizar su organización empresarial, sin embargo, dicho derecho fundamental no es absoluto y debe tener en cuenta la dignidad de trabajador y la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

El Tribunal Constitucional señala que la tercerización del núcleo del negocio vulnera el derecho a la remuneración y a las utilidades, dado que trabajadores de la empresa principal obtienen utilidades y remuneraciones más altas que los

trabajadores de las contratas por realizar la misma actividad. También se vulnera derechos colectivos debido a la temporalidad de los contratos de locación de servicios entre las empresas; entiende el Alto Tribunal que la tercerización del núcleo del negocio cosifica al trabajador, vulnerando su dignidad.

7. Control de la constitucionalidad del D.S. 001-2022-TR: ¿Es constitucional la prohibición de la tercerización del núcleo del negocio?

a. Noción de tercerización

De acuerdo con el art. 2 de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización, n.º 29245, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de junio de 2008, (en adelante: Ley 29245): *“se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.*

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otras, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admitirá la sola provisión de personal.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores”.

Por su parte, el art. 3 de la Ley 29245 realiza una lista abierta (*numerus apertus*) de supuestos de tercerización señalando que: *“Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo”.*

De manera concordante, el art. 11.3 de la Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores,

núm. 27626, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de enero del 2002 (en adelante Ley 27626) señala que: “Las empresas de servicios especializados son aquellas personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización en relación a la empresa usuaria que las contrata. En este supuesto la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados”.

El art. 4 de la Ley 29245 regula el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora a la empresa principal, estableciendo que: “Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza”.

De forma complementaria, el art. 2 de Decreto Legislativo 1038, que precisa los alcances de la Ley n.º 29245, estableciendo que: *“las obligaciones y restricciones previstas en los art. 4 y 9 de la Ley n.º 29245 son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica”*.

Por lo expuesto, podemos concluir que la tercerización es un tipo de descentralización productiva (Cas. 2346-2017-Lambayeque), en la que existe una vinculación interempresarial (ex. art. 1 de la Ley 29245) en la cual una empresa (denominada: principal, usuaria o comitente) contrata los servicios de otra empresa (conocida como: contratista o tercerizadora) para que realice actividades especializadas u obras por su cuenta y riesgo (autonomía empresarial) en favor de la empresa principal, destacando su propio personal a las instalaciones de la empresa principal. Este personal se encontrará subordinado exclusivamente a la empresa tercerizadora, la cual es considerada la empleadora del trabajador que prestan los servicios en favor de la empresa principal; por ende, de acuerdo a nuestra normativa, cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están

bajo la subordinación de la empresa principal se produce a la desnaturalización de la tercerización y se entiende que la empresa principal es la empleadora (*ex* art. 2 y 3 de la Ley n.º 29245 y del art. 4 del DS. n.º 006-2008-TR).

Además, se deduce de las normas indicadas que en la tercerización resultan aplicables a aquellas empresas que desplazan personal de manera continua hacia la empresa principal. Por el contrario, de no existir dicho desplazamiento, la relación entre la principal y la contratista —así como los conflictos que de ella deriven— se regirá por las disposiciones sobre locación de servicios del Código Civil (Puntriano Rosas, 2025, p. 46) y no por la normativa de tercerización laboral, es decir, no se aplicaría la Ley n.º 29245, el Decreto Legislativo n.º 1038 y el Decreto Supremo n.º 006-2008 TR y sus modificatorias.

Esta definición grafica la relación contractual entre la empresa principal y la empresa contratista, pero a la vez, incluye la relación que tienen dichas empresas con el trabajador o trabajadores, considerando a la empresa contratista como la única empleadora. Por el contrario, la comitente queda fuera de la relación jurídico laboral; aunque es responsable solidario en virtud del art. 9 de la Ley n.º 24295; dado que se beneficia de la prestación de los trabajadores destacados.

Como ya hemos adelantado este tipo de vinculación empresarial es una de las formas como se organizan las empresas en la realidad jurídica actual. Ahora bien, la empresa siempre ha sido definida de diversas formas por cada sector del sistema jurídico, en función del bien jurídico que se pretende proteger y del efecto jurídicamente relevante que produce. Por lo tanto, para el Derecho Laboral no es suficiente que exista un conjunto de empresas que se reparten el ciclo de producción de un bien o servicio, sino que, además, es necesario determinar los efectos (individuales y colectivos) que dicha vinculación produce sobre los trabajadores.

Por consiguiente, la tercerización nace del ejercicio de la libertad de empresa de sus titulares, el cual es un derecho fundamental; sin embargo, no es absoluto, lo cual obliga a resolver los problemas laborales que genera este tipo de descentralización productiva teniendo en cuenta su naturaleza interempresarial, pero a

su vez, la *ratio* de la institución laboral (vacaciones, remuneraciones, utilidades, libertad sindical...) sobre la cual produce efectos.

Ahora, de acuerdo con el art. 3 de la Ley n.º 29245 establece que constituyen tercerización de servicios (...) los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo ***de una parte integral del proceso productivo***. De este precepto podemos deducir que la empresa tercerizadora puede hacerse cargo del proceso productivo, sin distinguir si las actividades tercerizadas son principales o accesorias. Entonces, teniendo en cuenta que existe una vinculación negativa de los particulares a la ley, por la cual *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe* (ex. art. 2.24.a) de la Constitución), por ende, las empresas tercerizadoras estaría facultadas para realizar actividades que formen parte del *core business* de la empresa principal.

Sin embargo, el 23 de febrero del 2022 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo n.º 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley n.º 29245 y del Decreto Legislativo n.º 1038, que regulan los servicios de tercerización.

En esta norma reglamentaria establece como causal de naturalización de la tercerización: “cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio (ex. Art.5.b). Instituyendo que, para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, *entre otros*:

- a. *El objeto social de la empresa,*
- b. *Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales,*
- c. *El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades,*
- d. *La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes y*
- e. *La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos (Ex. Art. 1 del DS. 001.2022-TR).*

Asimismo, se estableció que los contratos y figuras empresariales que se encuentren vigentes a la fecha de emisión del presente Decreto Supremo deben adecuarse a las modificaciones establecidas en la presente norma, en un plazo que no deberá exceder de 180 días calendario contados a partir de su publicación.

b. La inconstitucionalidad del D.S. 01-2022-TR y una nueva noción de organización laboral dentro de la tercerización

La Ley n.º 29245 establece que la tercerización es válida para “actividades especializadas u obras” bajo una cláusula de *numerus apertus* (art. 3); no obstante, el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR introduce el concepto de “núcleo del negocio” como una prohibición absoluta para la tercerización con desplazamiento. Es decir, incorpora una definición no prevista en las normas que regulan la tercerización en el Perú (Ley 29245 y el Decreto Legislativo n.º 1256); por consiguiente, la deducción jurídica lógica es que el Poder Ejecutivo ha extralimitado en su potestad reglamentaria, reconocida constitucionalmente en el art. 118.8 de nuestra Carta Magna, que expresamente manda que: “corresponde al presidente de la República: (...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”.

Es importante advertir que el propio texto constitucional establece que la potestad reglamentaria del ejecutivo se encuentra limitada a la ley, lo cual guarda relación con otro principio, como es el principio de legalidad, el cual también se encuentra reconocido en nuestra Carta Magna en el art. 45 y que establece que: “el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)”. Es más, existe un precepto, el art. 51 de la Constitución, que reconoce al principio de jerarquía normativa, por el cual: “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”.

Por consiguiente, si el aludido reglamento introduce en nuestra legislación laboral un término que no se encuentra regulado en por las normas con rango de ley que regulan la tercerización se incurre en una transgresión a la potestad reglamentaria, al principio de legalidad y al principio de jerarquía normativa.

Ahora, con relación a que se estaría vulnerando el principio de intangibilidad contractual, que recoge el art. 62 de la Constitución, considero que si se estaría vulnerado dicho principio, dado que se estaría modificando todos los términos contractuales de los contratos de tercerización celebrados antes de la entrada en vigencia de dicha norma reglamentaria, con el agravante en este caso que la norma que ocasiona la modificación ni siquiera es una norma con rango de Ley.

Ahora, la propia Constitución, como lo señala la sentencia materia de comentario, establece mecanismos de control, como es el control difuso, de acuerdo con el art. 138, el cual permite al juzgador desconocer una norma inferior en preferencia de la norma de mayor jerarquía, que en este caso serían las normas que regulan la tercerización laboral (Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1256).

Por lo expuesto, considero que el Tribunal Constitucional debe partir de la premisa de que la tercerización laboral —entendida como un supuesto de vinculación empresarial en pluralidad por descentralización productiva— constituye una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa, establecido en el proceso de inconstitucionalidad del Exp. 0013-2014-PI/TC. Este derecho, reconocido en el artículo 59 de la Constitución posee un contenido esencial que, conforme al fundamento 89 de la propia sentencia, comprende:

- i. Libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, lo cual implica la facultad de emprender actividades económicas, fundar entidades y concurrir libremente al mercado.
- ii. Libertad de organización, que faculta a la libre elección del objeto social, nombre, domicilio, tipo societario, atribuciones de los administradores, políticas de precios, contratación de personal, entre otros.
- iii. Libertad de competencia.
- iv. Libertad de cesación de actividades: permite a quien ha creado una empresa disponer su cierre o la finalización de sus operaciones cuando lo estime pertinente.

Sin embargo, como se ha adelantado, esta modalidad de vinculación empresarial es una de las formas de organización en la realidad jurídica actual. Ahora bien, la “empresa” siempre ha sido definida de diversas maneras por cada

rama del ordenamiento, en función del bien jurídico protegido y de sus efectos relevantes.

Por lo expuesto, para el Derecho Laboral no basta la existencia de un conjunto de empresas que se reparten el ciclo productivo de un bien o servicio; sino que es imperativo determinar los efectos (individuales o colectivos) que dicha vinculación genera sobre un trabajador o sobre los trabajadores. Ello obliga a resolver los conflictos derivados de la descentralización productiva atendiendo a la naturaleza interempresarial del fenómeno de la tercerización, pero respetando siempre la *ratio* de las instituciones laborales (utilidades, libertad sindical, isonomía remunerativa, despido -individual o colectivo-, etc.) sobre las cuales impacta.

Así, entender que la tercerización laboral es una vinculación empresarial que produce efectos sobre los trabajadores, nos permitirá alejarnos de la identificación entre empresa, empleador y contrata en el caso de la tercerización laboral. Y, por el contrario, comprender que la organización laboral puede estar –en ciertas ocasiones, dependiendo de la actividad que realice– conformada por más de un sujeto de derecho, es decir, por la contrata (o contratas) y la empresa principal.

De esta forma, al momento de determinar las utilidades o de verificar si existe desigualdad remunerativa entre trabajadores que realizan las mismas funciones en una misma organización empresarial, pero que pertenecen a empresas jurídicamente distintas, el centro de imputación, es decir, el ámbito de la organización laboral que se va tener en cuenta a los efectos de las utilidades o verificar las utilidades o determinar la isonomía salarial no se limitará a la contrata, sino que puede extenderse a la empresa principal y a otras contratas, siempre y cuando entre ellas compartan la actividad principal, en razón que se engloba dentro del concepto de empresa a toda la organización laboral.

La extensión de la organización laboral, hacia la empresa principal y las contratas que comparten la actividad principal, encontraría fundamento en la *ratio de la institución*. Así, en el beneficio social de participación de las utilidades, reconocido en el art. 29 de la Constitución, tiene por objetivo reconoce a los trabajadores que han contribuido con la generación de riqueza en la empresa; dado que el capital humano es el que opera los medios de producción, por eso

tiene derecho a una cuota de la ganancia excedente. Ahora, si esa organización laboral se divide el proceso de producción de un bien o servicio entre varias empresas (contratas y empresas principal), lo lógico es que no se limite el ámbito de aplicación del reparto de las utilidades solamente en la empresa principal, dado que todos los trabajadores (independientemente de la empresa a la que pertenecen) contribuyeron en la generación de la riqueza, que por mandato constitucional se ordena repartir.

Ahora, en el caso de la igualdad remunerativa, debemos recordar que este principio deviene del principio de la igualdad ante la ley, que reconoce el artículo 2.2 de la Constitución de 1993, de acuerdo con el cual “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Se trata, pues, de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Exp. n.º 02570-2024-PA/TC).

286

Por lo tanto, bajo la premisa de que la organización laboral trasciende el vínculo formal entre el trabajador y la contratista para extenderse hacia la empresa principal e incluso otras contratas vinculadas a la actividad principal, se colige que no debería existir distinción remunerativa entre trabajadores que comparten las mismas funciones, antigüedad y formación. Por lo tanto, ante la ausencia de una justificación objetiva, estos deberían percibir una remuneración equitativa, aun cuando pertenezcan formalmente a empresas distintas.

Además, debe tenerse en cuenta el principio de ajenidad; dado que la empresa principal también se comporta como empleador al hacer suyos los frutos del trabajo que prestan los trabajadores de las contratas. Por su parte, la fundamentación de la extensión del ámbito de aplicación a otras contratas estaría en el hecho que entre todas se dividen el ciclo de producción de un bien o servicio específico; por lo tanto, todas contribuyen a la generación de riqueza.

Es importante señalar que en este supuesto no se extiende el ámbito de la empresa, más allá de la contrata, por entender que es un acto ilícito, defraudar-

torio o patológico, sino que entendiendo que es un acto lícito de ejercicio de la libertad de empresa, pero que produce efectos sobre las relaciones laborales.

De esta forma, nos apartamos del concepto de empleador propio del sistema de trabajo fordista-taylorista y adoptamos una noción de empleador acorde con la descentralización productiva, en el cual existe una división del otrora empleador que almacenaba todo el ciclo de producción, por un conjunto de empresas, que con diversas formas de vinculación (civiles o mercantiles) realizan la misma actividad. Por lo tanto, debe prestarse atención no solo a la organización empresarial sino también a la *ratio* de la institución que se va a abordar, como puede ser el reparto de utilidades o la verificación de la isonomía salarial entre trabajadores que prestan los mismos servicios en idénticas circunstancias, con lo cual sería lógico tener en cuenta a toda la organización laboral, independientemente si está conformada por una o más empresas (empresa principal y contratas).

Si bien nuestra legislación laboral no existe una definición de empleador, dado que centra su atención en el trabajador; sin embargo –podemos deducir de los diversos preceptos legales que regulan las relaciones laborales en el Perú– que el empleador ejerce el poder de dirección (*ex. art. 9 LPCL*), por el cual dirige, sanciona y reglamenta las labores; además, remunera (*ex. art. 6 y 7 LPCL*), cancela los beneficios sociales; pero también, hace suyos los frutos de la actividad del trabajador, recordemos que el trabajador presta sus servicios por cuenta ajena, es decir el fruto de la actividad del trabajador no es suyo, sino de su empleador, en virtud del principio de ajenidad (Paucara, Almanza, 2019: 77).

Un escenario distinto se presenta al determinar la dimensión de la organización empresarial para efectos de una extinción de contratos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. Este procedimiento, regulado en los artículos 46, inciso b), y 48 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), es conocido como cese o despido colectivo.

Al respecto, la mayoría de los tribunales peruanos no lo consideran obligatorio, incluso cuando la medida afecta a la totalidad de la planilla. No obstante,

la Octava Sala Laboral de Lima adoptó una postura divergente en la sentencia de vista del 30 de abril de 2025 (Exp. 05135-2024-0-1801-JR-LA-01, Ponente: Yangali Iparraguirre). En dicha resolución, la Sala Superior sostuvo que la empresa no podía efectuar despidos individuales simultáneos, toda vez que la crisis económica alegada no afectaba a un grupo reducido, sino a más de 100 trabajadores. En consecuencia, el tribunal determinó que correspondía seguir el procedimiento de cese colectivo conforme a los artículos 46 y 48 de la LPCL.

Ante este potencial cambio en la tendencia jurisprudencial, es preciso considerar que los ceses colectivos son medidas de reestructuración que otorgan al empleador la flexibilidad necesaria para gestionar sus recursos (humanos y materiales). Esto permite la adaptación a las coyunturas del mercado con el fin de mantener o mejorar la posición económica de la empresa, afrontar situaciones adversas mediante el cierre de unidades de negocio o, en casos de extrema gravedad, posibilitar la extinción armoniosa de toda la actividad empresarial (Ubillús & Aparicio, 2014, pp. 77 y ss.).

Por lo tanto, el fundamento del cese colectivo difiere de los supuestos de participación en las utilidades o de igualdad remunerativa, donde se identifica a la organización laboral que se beneficia del servicio. En el cese colectivo, el objetivo es la adaptabilidad; por ello, la decisión del empresario puede recaer sobre la totalidad de la empresa o sobre una unidad infraempresarial (centro de trabajo, división o línea de producción), buscando evitar que la situación negativa comprometa a toda la organización.

En conclusión, si bien postulamos que la organización empresarial puede estar conformada tanto por la empresa principal como por las contratistas que integran el proceso productivo, en el marco de un cese colectivo no se busca identificar a dicha organización en su conjunto, sino a la unidad productiva específica a la que pertenecen los trabajadores. El objetivo es determinar qué sección es necesario “cercenar” para garantizar la subsistencia del resto de la empresa, aunque en ocasiones puede afectar a su totalidad, lo cual dependerá de la causa invocada (económica, tecnológica, estructural o análoga) y del modelo de organización empresarial adoptado.

Ahora, con relación a la afirmación que realiza la sentencia en mayoría que la temporalidad de las empresas generaría una vulneración a la libertad sindical, en la especie de la posibilidad de generar un convenio colectivo; habría que analizarse al caso en congreso, dado que nuestra Ley de Relaciones Colectivas permite varios tipos de sindicato: empresa, actividad, gremio y oficio varios (*ex. art. 5 del Decreto Supremo 010-2003-TR, que aprueba el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*); con lo cual los trabajadores de las diversas empresas tienen distintas opciones al momento de ejercer su libertad sindical.

III. CONCLUSIONES

1. La tercerización ha evolucionado desde el modelo fordista autosuficiente hacia fórmulas de organización externa para ganar flexibilidad y competitividad ante la globalización. Es una manifestación lícita de la libertad de empresa que no debe ser vista necesariamente como un acto defraudatorio.
2. El Decreto Supremo n.º 001-2022-TR incurre en una transgresión de la potestad reglamentaria y del principio de jerarquía normativa al introducir la prohibición del “núcleo del negocio”, un concepto no previsto en la Ley n.º 29245 ni en el Decreto Legislativo n.º 1038.
3. Se propone una reinterpretación de la organización laboral que trascienda la relación formal con la empresa contratista. En contextos de descentralización productiva, el ámbito para determinar la participación en las utilidades o la igualdad salarial podría extenderse a la empresa principal, siempre que se comparta la actividad núcleo (*core business*). No obstante, este criterio no es aplicable de forma transversal a todas las instituciones del derecho laboral. Un ejemplo es el cese colectivo, donde el análisis no se centra en la organización empresarial en su conjunto, sino en la unidad económica específica sobre la cual recae la causal que justifica la extinción de los contratos.
4. El Tribunal Constitucional es competente para evaluar la inaplicación de una norma en un caso concreto (control difuso) mediante

un proceso de amparo, incluso si existe un proceso de acción popular pendiente que evalúe la misma norma en abstracto.

IV. REFERENCIAS

- Aparicio Aldana, R. K. & Ubillús Bracamonte, R. E. (2014) El despido ad nutum, como medida inconstitucional de reestructuración laboral, RTSS. CEF. NÚM. 380.
- Baz Rodríguez, J. (2002). *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Comares.
- Broseta Pont, M., & Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de derecho mercantil* (22.^a ed.). Tecnos.
- Castells Oliván, M. (2011). *La era de la información: La sociedad en red* (Vol. 1). Alianza.
- Castro Argüelles, M. A. (2007). *Formas alternativas de contratación del trabajo: De los contratos de actividad a la descentralización productiva*. Thomson-Aranzadi.
- Cruz Villalón, J. (2009). Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales. En AA. VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*. MTAS.
- Desdentado Bonete, A., & Desdentado Daroca, E. (2014). *Grupos de empresas y despidos económicos*. Thomson Reuters Lex Nova.
- Díez-Picazo, L., & Gullón Ballesteros, A. (2012). *Sistema de derecho civil* (Vol. 1, 12.^a ed.). Tecnos.
- Fuentes Naharro, M. (2007). *Grupos de sociedades y protección de acreedores: Una perspectiva societaria*. Thomson-Civitas.
- Loffredo, A. (2010). Sobre las transformaciones de la figura del empresario: entre contractualismo y sugerencias institucionalistas. En L. Gaeta & R. Gallardo Moya (Dirs.), *Los empresarios complejos: Un reto para el derecho del trabajo* (P. Grandese, Trad.). Bomarzo.

- Micklethwait, J., & Wooldridge, A. (2003). *La empresa: Historia de una idea revolucionaria* (E. Benito, Trad.). Random House Mondadori.
- Ojeda Avilés, A. (2009). La “externalización” del derecho del trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, 128.
- Palomeque López, M. C. (2010). La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas. En AA. VV., Blasco Pellicer, A. (Coord.), *El empresario laboral: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch.
- Paucara Charca, R., Almanza Huamán, L., Szczepansky Grobas, D., & Cueva Suyos, L. (2019). *Manual de derecho laboral individual*. Cromeo Editores.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2000). Filialización. Grupos de empresa. En AA. VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo* (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 631). MTAS.
- Piñero Royo, M. C. (1999). *El empleador en el derecho del trabajo*. Tecnos.
- Puntriano Rosas, C. (2025). La tercerización de actividades nucleares en el Perú: Estado de la cuestión y análisis crítico de una reciente sentencia del TC. *Soluciones Laborales*, (26).
- Regini, M. (1990). El declinar del intercambio político centralizado y la emergencia de formas de concentración (J. Cruz Villalón, Trad.). En A. Ojeda Avilés (Dir.), *La concentración social tras la crisis*. Ariel.
- Rivero Lamas, J. (2000). La descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo. En AA. VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo* (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 29–32). MTAS.
- Rodríguez, J. (2018). La evolución de los servicios outsourcing en el Perú. Recuperado el 14 de febrero de 2026 de <https://www.exact.com.pe/noticias/evolucion-servicios-outsourcing-peru>
- Stiglitz, J. E. (2007). *El malestar de la globalización*. Punto de Lectura.

- Villavicencio Ríos, A. (2000). La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación. En M. Vega (Coord.), *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú* (pp. 81–). OIT.
- Vizcarra Cifuentes, J. L. (2014). *Diccionario de economía: Términos, ideas y fenómenos económicos*. Larousse.
- Zufiaur Narvaiza, J. M. (2005). Globalización económica y deslocalizaciones productivas. *Relaciones Laborales*, (2).



Vol. 26, N° 33, marzo-agosto 2026

La Revista se terminó de producir digitalmente
en marzo 2026
Lima - Perú

ISSN 1996-4897 (impresa), ISSN 1996-5230 (en línea)
<https://doi.org/10.56932/laborem.25.32>